

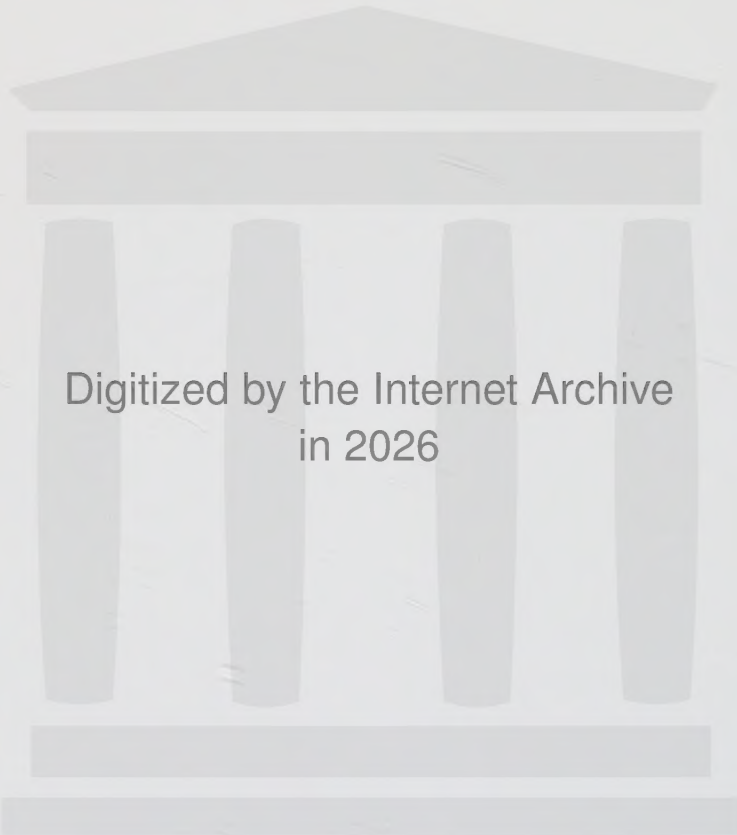
**Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in der
Zivilprozeßordnung**

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Justus Liebig-Universität Gießen

vorgelegt von
Jürgen Reichel
aus Bad Nauheim

Pohlheim 1971



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545921_0028

Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in der Zivilprozeßordnung

D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Justus Liebig-Universität Gießen

vorgelegt von

J ü r g e n R e i c h e l
aus Bad Nauheim

Pohlheim 1971



Erstgutachter:

Professor Dr. Grunsky

Zweitgutachter:

Professor Dr. Dieckmann

Tag der mündlichen Prüfung: 8.2.1971

Erster Teil	Einleitung, Problemstellung und Einführung in das Beweisverfahrensrecht	11
1. Kapitel	Einleitung und Problemstellung	11
2. Kapitel	Das Beweisverfahren	16
I.	Beweisrecht der Zivilprozeßordnung	16
II.	Durchführung des Beweisverfahrens	16
1.	Beweisanordnung	16
2.	Beweisaufnahme	19
a.	Durchführung der Beweisaufnahme	19
b.	Rechtsnatur der Beweisaufnahme	20
III.	Ende des Beweisverfahrens und weiterer Fortgang des Verfahrens	22
IV.	Einordnung der Beweiswürdigung	22
3. Kapitel	Grundsätze des Beweisaufnahmerechts	24
I.	Darstellung der Grundsätze	24
1.	Unmittelbarkeit	24
2.	Parteiöffentlichkeit	25
3.	Amtsbetrieb	26
II.	Folgerungen aus der gesetzlichen Regelung	27
Zweiter Teil	Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme	30
4. Kapitel	Begriff und Inhalt der Unmittelbarkeit	30
I.	Darstellung der Meinungen	30
1.	Stein-Jonas-Schumann-Leipold	30
2.	Rosenberg-Schwab	31
3.	Schönke-Kuchinke	31
II.	Kritik	33
III.	Eigene Überlegungen	36
1.	Parteivorbringen	37
a.	Mündlichkeit des Parteivorbringens	37
aa.	Mündlichkeit als Prinzip der Formgestaltung	37

aaa.	Arten der Mündlichkeit	38
bbb.	Regelung der ZPO	39
ccc.	Sinn der Mündlichkeit	40
bb.	Mündlichkeit als Prinzip der Möglichkeit des Parteivorbringens	41
aaa.	Inhalt und Beziehung zu der Mündlichkeit als Prinzip der Formgestaltung	41
bbb.	Regelung der ZPO	43
ccc.	Zweck der Mündlichkeit	44
b.	Unmittelbarkeit des Parteivorbringens	44
aa.	Inhalt und Abgrenzung zu dem Begriff der Mündlichkeit	44
bb.	Gesetzliche Regelung	46
cc.	Zweck der Unmittelbarkeit	48
2.	Beweisaufnahme	49
a.	Mündlichkeit der Beweisaufnahme	49
aa.	Inhalt	49
bb.	Gesetzliche Regelung	50
cc.	Zweck	52
b.	Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme	53
aa.	Unmittelbarkeit als Prinzip der Formgestaltung	54
aaa.	Inhalt	54
bbb.	Gesetzliche Regelung	59
ccc.	Beurteilung und Zweck der "formellen" Unmittelbarkeit	60
bb.	Unmittelbarkeit als Prinzip der Möglichkeit der Beweismittel	66
aaa.	Inhalt dieses Grundsatzes	66
bbb.	Regelung der Zivilprozeßordnung	67
ccc.	Zweck	70
5. Kapitel	Berührungspunkte mit anderen Prinzipien des Verfahrensrechts	71
I.	Vorbemerkung	71

II.	Der Grundsatz der Einheit der mündlichen Verhandlung	71
III.	Das Prinzip des gesetzlichen Richters	73
IV.	Der Anspruch auf rechtliches Gehör	78
V.	Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung	81
6. Kapitel	Historischer Überblick und Aspekte einer Zivilprozeßreform	83
Dritter Teil	Durchbrechungen des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme	95
7. Kapitel	Erörterung möglicher Fälle	95
I.	Vorbemerkung über den Begriff des Richterwechsels	95
II.	Gesetzlich geregelte Tatbestände	97
1.	Beweisaufnahme durch den Richterkommissar	97
2.	Beweisaufnahme durch den Einzelrichter	98
III.	Gesetzlich nicht vorgesehene Fälle	101
1.	Beweisaufnahme in einem anderen Prozeß	101
2.	Richterwechsel innerhalb einer Instanz	103
3.	Richterwechsel durch Instanzwechsel	104
8. Kapitel	Verwertbarkeit des Ergebnisses der Beweisaufnahme	105
I.	Vorbemerkung	105
II.	Meinungsstand	106
1.	Rechtsprechung	106
a.	Beweisaufnahme durch den Richterkommissar	106
b.	Beweisaufnahme durch den Einzelrichter	107
c.	Beweisaufnahme und nachfolgender Richterwechsel innerhalb derselben Instanz	108

d.	Beweisaufnahme in erster Instanz und Entscheidung durch das Rechts- mittelgericht	112
2.	Schrifttum	113
3.	Ergebnis	114
III.	Bewertung der herkömmlichen Meinung und eigene Überlegungen	114
1.	Vorbemerkung	114
2.	Fortgelten der Beweisaufnahme	115
3.	Umfang des Fortwirkens der Beweis - aufnahme	123
a.	Umfang der Beweiskraft des Sitzungs- protokolls	123
b.	Prinzip des gesetzlichen Richters und formelle Unmittelbarkeit	125
4.	Ergebnis	126
9. Kapitel	Folgen der Nichtbeachtung des Grund- satzes der Unmittelbarkeit der Be - weisaufnahme	128
I.	Vorbemerkung	
II.	Anfechtbarkeit	128
1.	Selbständige Anfechtbarkeit	128
2.	Anfechtbarkeit auf dem Wege der Ein- legung eines Rechtsmittels	129
III.	Rügeverzicht	130
Vierter Teil	Ergebnis	134

Literaturverzeichnis

- | | |
|--------------------------|--|
| Alsberg - Nüse | Der Beweisanspruch im Strafprozeß,
2. neubearbeitete Auflage, Köln
und Berlin 1956 |
| Baumann - Fezer | Beschleunigung des Zivilprozesses,
Tübingen 1970 |
| Baumbach - Lauterbach | Zivilprozeßordnung, 30. Auflage,
München und Berlin 1970 |
| Bernhardt, Wolfgang | Grundriß des Zivilprozeßrechts,
2. Auflage, Tübingen 1951 |
| Birkmeyer, Karl | Deutsches Strafprozeßrecht, 1898 |
| Blomeyer, Arwed, | Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren,
Berlin, Göttingen und Heidelberg 1963 |
| ders. | Empfiehlt es sich, das Recht der
Beweislast und der Beweiswürdigung
durch gesetzliche Vorschriften
fortzubilden und in welchem
Sinne ?
Verhandlungen des sechsundvierzigsten
Deutschen Juristentages,
Teil 2 A, München und Berlin 1966 |
| Bosch, Friedrich Wilhelm | Grundsatzfragen des Beweisrechts.
Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre,
Bielefeld 1963 |
| Bruns, Rudolf | Zivilprozeßrecht, Berlin und
Frankfurt 1968 |
| Dinslake, Karl-Heinz | Anmerkung zu dem Beschluß des
Bundesverfassungsgerichts vom
3.2.1965, NJW 1965, 1221 |
| Fitting, Hermann | Der Reichszivilprozeß, 12. und
13. Aufl., Berlin 1907 |
| Grunsky, Wolfgang | Grundlagen des Verfahrensrechts,
Bielefeld 1970 |
| Guttman, Max | Unmittelbarkeit und freie Beweiswürdigung
und die Zukunft unserer Gerichtsverfassung,
Mannheim 1907 |
| ders. | Die Preisgabe der Unmittelbarkeit
und die Abkehr vom Juristenstand
ZZP Band 55 (1930), S. 39 |

- Hahn, C. Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu demselben, 2. Abteilung, Berlin 1880
- Hedemann, Justus Wilhelm Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reiches, Jena 1904
- Hegler, August Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Prozeß
Der Rechtsgang, Band I (1913), S. 192, 385; Band II (1916), S. 267
- Hellwig, Konrad Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, I. Band, Leipzig 1903, II. Band, Leipzig 1907
- ders. System des deutschen Zivilprozeßrechts, Teil 1, Leipzig 1912
zit.: System
- Hense, Franz Die Beurkundung der Aussagen von Zeugen und Sachverständigen sowie der vernommenen Parteien im Zivilprozeß, DR 1939, 1124
- Kip, Hans-Gerhard Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip, Köln und Berlin 1952
- Kleinfeller, Georg Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Auflage, Berlin 1925
- Koffka, o. V. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Zivilprozeß
Gruchot, 31, 188
- Kohler Zivilprozeßrecht und Konkursrecht, v. Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Band II, 7. Aufl., 1913
- Kollhosser, Helmut Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten im Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, München 1970
- Krönig, Ernst Die Kunst der Beweiserhebung im Zivilprozeß, 1927
- v. Kries Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 1892
- ders. Das Prinzip der Unmittelbarkeit im Beweisverfahren der deutschen Prozeßordnungen
ZStW Band 6, S. 88

- | | |
|------------------------|---|
| Lent - Jauernig | Zivilprozeßrecht, 13. neubearbeitete Auflage, München und Berlin 1966 |
| Lindacher, Walter F. | Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im zivilprozessualen Regelverfahren und im Eheprozeß Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1967, 195 |
| Maas, o. V. | Der Grundsatz der Unmittelbarkeit, 1907 |
| Maunz, Theodor | Deutsches Staatsrecht, 17. neubearb. Auflage, München 1969 |
| Meiser, Otto | Wechsel der Gerichtsbesetzung im Rechtsstreit
DJ 1939, 695 |
| Nagel, Heinrich | Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozeß, Baden-Baden 1967 |
| Nikisch, Arthur | Zivilprozeßrecht, Ein Lehrbuch, 2. ergänzte Auflage, Tübingen 1952 |
| Peters, Egbert | Ausforschungsbeweis im Zivilprozeß, Köln und Berlin 1966 |
| ders. | Der sogenannte Freibeweis im Zivilprozeßrecht, Marburg 1962
zit.: Freibeweis |
| ders. | Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise und Beweismittel im Zivilprozeß
ZZP 76 (1963), 145 |
| Planck, Julius Wilhelm | Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, Nördlingen 1887 |
| Rehfeldt, Bernhardt | Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Vorbereitung in der Praxis des schwedischen Zivilprozesses
ZZP 82 (1969), 173 |
| Rosenberg, Leo | Lehrbuch Des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. verbesserte Auflage, München und Berlin 1961 |

- Rosenberg, Leo Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozeßordnung, 5.durchgesehene Auflage, München und Berlin 1965
zit.: Beweislast
- ders. Zu dem Entwurf einer Zivilprozeßordnung (unter besonderer Berücksichtigung des Urteilsverfahrens)
ZZP 57 (1933), 185
- Rosenberg-Schwab Zivilprozeßrecht, 10. neubearbeitete Auflage, München 1969
- Rupp, E. Der Beweis im Strafverfahren, 1884
- Sattelmacher, o.V. Bericht, Gutachten und Urteil, 24. neubearbeitete Auflage, Berlin und Frankfurt 1963
- Sauer, Wilhelm Grundlagen des Prozeßrechts, Stuttgart 1919
- Scheuerle, Wilhelm Rezension der Schriften von Bosch, Grundsatzfragen des Beweisrechts, und Peters, Der sogenannte Freibeweis im Zivilprozeß
JZ 1964, 630
- Scheuerle, o.V. Vorweggenommene Beweiswürdigung durch richterliche Aussagenformulierung
ZZP 66, 306
- Schmidt, Eberhard Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, Göttingen 1952; Teil II, Göttingen 1957; Teil III, Göttingen 1960
- Schmidt, Richard Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Auflage, Leipzig 1906
- Schmidt-Bleibtreu-Klein Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bonn 1967
- Schneider, Egon Die Beweiswürdigung im Zivilprozeß
MDR 1965, 876; 1966, 27, 192, 385 und 561

- Schneider, Egon Die Beweiswürdigung in Prüfung und Praxis, Berlin und Frankfurt 1960
- Schönke-Kuchinke Zivilprozeßrecht, Lehrbuch, 9. völlig neu bearbeitete Auflage, Karlsruhe 1969
- Schönke-Schröder-Niese Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Auflage, Karlsruhe 1956
- Schwartz, Johann Cristoph Vierhundert Jahre deutscher Zivilprozeß - Gesetzgebung, Darstellung und Studien zur deutschen Rechtsgeschichte, Berlin 1898
- Seidl, Erwin Römische Rechtsgeschichte und römisches Zivilprozeßrecht, Köln 1962
- Sydow-Busch-Kranz-Triebel Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Handkommentar, 22. Auflage, Berlin und Leipzig 1941
- Staud, E. Beschleunigung und Unmittelbarkeit des Rechtsganges
DJ 1935, 1379
- Stein-Jonas-Pohle Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band I, Bogen 30-44, 19. Auflage, Tübingen 1965
- Grunsky Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band II, Bogen 1-15, 19. Auflage, Tübingen 1968
- Schumann-Leipold Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band I Bogen 75-98, 19. Auflage, Tübingen 1969
- Thomas-Putzo Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, 4. neu bearbeitete Auflage, München 1970
- Tietgen, Walter Empfiehlt es sich, das Recht der Beweislast und der Beweiswürdigung durch gesetzliche Vorschriften fortzubilden und in welchem Sinne ?
Verhandlungen des sechsundvierzigsten Deutschen Juristentages, Teil 2 B, München und Berlin 1966

Vollkommer, Max	Richterwechsel nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung im Zivilprozeß NJW 1968, 1309
Volkmar, o.V.	Die Unmittelbarkeit der Beweis- aufnahme und die neueste Recht- sprechung des Reichsgerichts DJ 1936, 70
Wach, Adolf	Handbuch des Deutschen Civil - prozeßrechts, Erster Band, Leip- zig 1885
ders.	Vorträge über die Reichs-Civil- prozeßordnung, 2. Auflage, Bonn 1879; zit.: Vorträge
Weismann, Jakob	Lehrbuch des deutschen Zivil - prozeßrechts, I. Band, Stutt - gart 1903
Wieczorek, Bernhard	Zivilprozeßordnung und Gerichts- verfassungsgesetz auf Grund der Rechtsprechung kommentiert, Berlin 1957/1958/1963
Zöllner, Richard	Zivilprozeßordnung mit Gerichts- verfassungsgesetz und Nebenge- setzen, 10. neubearbeitete und erweiterte Auflage, München 1968

Materialien

Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, herausgegeben vom Bundesjustizmi -
nisterium, Bonn 1961

Entwurf einer Civil-Prozeß-Ordnung für das Deutsche Reich
Mit Motiven und Anlagen, Dritte Ausgabe, Berlin 1874

Entwurf einer Zivilprozeßordnung, veröffentlicht durch
das Reichsjustizministerium, Berlin 1931

Abkürzungen

Die benutzten Abkürzungen entsprechen den Vorschlägen von
Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Auf-
lage, Berlin 1968

Erster Teil

Einleitung, Problemstellung und Einführung in das Beweisverfahrensrecht

1. Kapitel

Einleitung und Problemstellung

Die Zivilprozeßordnung des Jahres 1877 bestimmte, ebenso wie die Zivilprozeßordnung in der heute geltenden Fassung, prinzipiell eine Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht. Schnell formulierte man den "Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme", womit man Inhalt und Umfang des Prinzips quantum satis markiert glaubte¹⁾.

Obwohl es sich hierbei nicht nur nach reichsgerichtlicher Diktion um ein f u n d a m e n t a l e s P r i n z i p²⁾ handelte, vergingen mehr als zwei Jahrzehnte bis zur ersten literarischen Behandlung der Unmittelbarkeit. Aber selbst diese teilweise in blumenreicher Sprache vorgenommene Untersuchung G u t t m a n n s³⁾ aus dem Jahre 1907 befaßt sich nur kurz mit der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme selbst, rügt vielmehr die in der Praxis herrschende Mittelbarkeit und Schriftlichkeit, denen der Verfasser mit einer für anwaltliche⁴⁾ Ohren durchaus erfreulichen enormen Heraufsetzung der Anwaltsgebühren Herr werden wollte.

-
- 1) Als Exempel einer unmittelbaren Beweisaufnahme sei der Fall der Vernehmung des Zeugen vor dem Prozeßgericht, als Modellfall einer mittelbaren Beweisaufnahme die Vernehmung des Zeugen vor dem beauftragten oder ersuchten Richter angeführt.
 - 2) Urteil des Reichsgerichts vom 19. Okt. 1885, RGZ 14, 383, 387.
 - 3) A.a.O; vgl. z.B.S. 65: "Wenn die Tagessonne nicht von allen Seiten in den Bau der Justiz eindringt, wenn einzelne Stellen ihren Strahlen unerreichbar bleiben, flattern lichtscheue Vögel hinein, die sich sonst draußen im Dunkeln hielten. Viele Prozesse gedeihen nur in der fauligen Luft der Schriftlichkeit und Mittelbarkeit; auch den Prozeß macht das Licht gesünder."
 - 4) Auch Guttman war Rechtsanwalt

Der Grund dieser literarischen Abstinenz ist leicht ersichtlich. Von jeher stehen auch und sogar in der zivilprozessualen Diskussion die Rechtssätze und deren Interpretation in höherem Ansehen als die Behandlung des Tatsächlichen; sogar, weil gerade diese Disziplin als erste die Macht der Tatsachen herausstellen müßte, in Erkenntnis der Tatsache, daß Judizieren Kennen der Tatsachen ist und die kleinste Verschiebung im Tatsächlichen andere Rechtsfolgen bedingt⁵⁾ und daß im Prozeß nach einer alten Weisheit "auf einen Zentner Fakten kaum ein Pfund Jurisprudenz"⁶⁾ kommt.

Erst im Jahre 1913 versuchte Hegler⁷⁾ eine umfassende Darstellung der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Prozeß. Er bestätigte - für das Jahr 1913 - die Feststellungen Rupp s⁸⁾ aus dem Jahre 1884: "Unmittelbarkeit" und "Mündlichkeit" erschienen "häufig mehr wie ein Dunstkreis, welcher die verschiedenartigsten Dinge bis zur Unterschiedslosigkeit zu umhüllen geeignet" sei. Seine Untersuchung ist zwar durch die Novellen des Jahres 1924, die die Institution des Einzelrichters manifestierte, und des Jahres 1933, die § 375 Abs.1 Ziff.2 ZPO⁹⁾ derzufolge die Beweisaufnahme einem Richterkommissar übertragen werden konnte, wenn sie vor dem Prozeßgericht erheblichen Schwierigkeiten unterliegen würde, eliminierte, weitgehend überholt. Es bleibt jedoch sein Ver-

5) Vgl. Bähr, zitiert bei Guttmann, ZZP 55 (1930) 39 f., 41.

6) Scheuerle, JZ 1964, 630.

7) Der Rechtsgang, Band I(1913), 192 ff..

8) A.a.O..

9) Die Vorschriften der Zivilprozeßordnung in der Fassung vom 12. September 1950 (BGBl. S. 533, Neubekanntmachung der Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877, RGBl. S. 83, auf Grund des Art. 9 des Gesetzes zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12.9.1950, BGBl. S. 455, zuletzt geändert durch das Beurkundungsgesetz vom 28.8.1969, BGBl. I S. 1513) werden im folgenden nur mit den Paragraphenziffern zitiert.

dienst, eine theoretisch saubere Differenzierung zwischen der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit des Verfahrens auf - gezeigt zu haben, eine Differenzierung, die - wie die partiell singularische Denomination in Rechtsprechung und Lehre verdeutlicht - bis in jüngste Zeit unzutreffenderweise nicht erfolgt: Das Reichsgericht sprach teilweise in ein und derselben Entscheidung zunächst vom Grundsatz, später den Grundsätzen der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit¹⁰⁾, Hense vermengt gleichfalls Mündlichkeit und Unmittelbarkeit¹¹⁾, ebenso wie Thomas - Putz¹²⁾, die § 309 als Ausfluß des Grundsatzes der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit ansehen. Diese Unsicherheit ist nicht weiter verwunderlich in Anbetracht der Tatsache, daß sogar der Gesetzgeber die Prinzipien der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit nicht exakt differenzierte¹³⁾.

Abschließend ist noch die engagierte Schrift B o s c h s¹⁴⁾ zu nennen, der in besonderem Maße für eine Anfechtbarkeit des Verstoßes gegen den Grundsatz der formellen Unmittelbarkeit eintritt. Dieser Meinung kann man nur Beifall zollen. Die Kollegialgerichte führen heute diesen Grundsatz permanent ad absurdum, wenn sie, wie durchweg üblich, den Rechtsstreit zur weiteren Vorbereitung an den Einzelrichter verweisen, dieser sämtliche Beweise erhebt, nach Verweisung des Rechtsstreits wieder an die Kammer erneut die Zeugen geladen und in der Verhandlung gefragt werden, ob sie an ihrer Aussage festhalten oder eventuell noch etwas hinzufügen wollten und so -

10) Vgl. die zusammenfassende Darstellung älterer Entscheidungen - und Autoren - bei Hegler, Der Rechtsgang, Band I (1913), S. 410 f., Anm. 2; weiterhin RG, JW 1933, 2215; 1938, 2981; Seufferts Archiv Band 42, 255 (Grundsatz); dagegen RG, WarnRspr. 1926, Nr. 173 (Grundsätze).

11) DR 1939, 1126.

12) A.a.O., Anm. 1 zu § 309.

13) Vgl. Hahn, a.a.O., S. 1116.

14) A.a.O., S. 105 ff..

dann - mitunter ohne Ableistung des Eides - ohne weitere Fragen entlassen werden. Zu einer Farce wird das Verfahren in puncto Einhaltung der vorgeschriebenen Formalitäten schließlich, wenn der Vorsitzende nach der Feststellung zum Sitzungsprotokoll, die Parteien hätten streitig verhandelt, unter dem wohl als erklärend gedachten Hinweis, die Kammer habe "vorberaten", sofort das Urteil verkündet. Dieses Verfahren entspricht demjenigen vor den oben genannten Änderungen der Zivilprozeßordnung, wo die Richter ebenfalls durch eine permanente, eklatante Manipulation der gesetzlichen Vorschriften und gewollter Verkennung der Ziele der Novellen des Jahres 1924 und 1933 sich zur Mittelbarkeit, der, wie Klein¹⁵⁾ ausführt, gelehrten Art des Foliantentums, der gelehrten Mißachtung des Lebens, bekannten¹⁶⁾.

Besonders unverständlich wird eine solche Einstellung, da Einmütigkeit über die besondere Bedeutung der formellen Unmittelbarkeit besteht: Bernhardt¹⁷⁾ bezeichnet die Unmittelbarkeit als "Kernpunkt des Verfahrens", Stein-Jonas-Schumann-Leipold und andere als eine der wichtigsten Maximen des Beweisrechts¹⁸⁾; auch für Nikisch¹⁹⁾ stellt sie sich als "für die zutreffende Beweismwürdigung von der größten Bedeutung" dar, ebenso für Wach²⁰⁾, wonach sie "einer der stärksten Hebel der Wahrheit und der Gerechtigkeit" und "von höchster Wichtigkeit für die Erkenntnis des wahren Beweisstoffs" ist. Rehfeldt²¹⁾ ordnet sie

15) Zitiert bei Guttman, ZJP 55 (1930), 50.

16) Bosch, a.a.O., S. 123; Entwurf einer Zivilprozeßordnung, a.a.O., S. 281; Hegler, Der Rechtsgang, Band I (1913), 421; Rehfeldt, ZJP 82 (1969), 178; Rosenberg, ZJP 57 (1933), 327.

17) A.a.O., § 22 VIII, S. 83.

18) A.a.O., Anm. I, 2 a zu § 355; Lindacher, FamRZ, 1967, 195.

19) A.a.O., § 49 III 3, S. 190.

20) Zitiert bei Guttman, ZJP 55 (1930), 44 ff..

21) ZJP 82 (1969), 178.

unter die "Grundprinzipien", der Bericht der Kommission zur Vorbereitung der Reform der Zivilgerichtsbarkeit²²⁾ unter die tragenden Prinzipien des Zivilprozesses ein. Selbst das Reichsgericht²³⁾ nennt den Grundsatz der formellen Unmittelbarkeit ein "fundamentales Prinzip", S t a u d ²⁴⁾ sie sogar "einen vom gesunden Menschenverstand gebotenen Verfahrensgrundsatz".

Gegenstand dieser Arbeit soll es sein, den Inhalt des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme deutlich zu machen und zu untersuchen, in welcher Weise Durchbrechungen dieses Grundsatzes möglich sind; daran schließt sich die Frage an, ob die auf Grund einer mittelbar durchgeführten Beweisaufnahme gewonnenen Ergebnisse von dem Gericht verwertet werden dürfen. Auch ist zu erörtern, welche Folgen sich aus einer Verletzung der formellen Unmittelbarkeit ergeben in bezug auf eine Anfechtungs- und Verzichtsmöglichkeit.

22) A.a.O., S. 178.

23) Vgl. z.B. RGZ 14, 387.

24) DJ 1934, 512.

2. Kapitel

Das Beweisverfahren

I. Das Beweisrecht in der Zivilprozeßordnung¹⁾

Die beweisrechtlichen Bestimmungen der Zivilprozeßordnung sind nicht in einem Abschnitt zusammengefaßt, sondern teilweise in dem Ersten Titel des Abschnitts über das Verfahren vor den Landgerichten "Verfahren bis zum Urteil", zum Teil in den Titeln 5 - 12 desselben Abschnitts enthalten.

Während in den §§ 282 - 294 allgemeine Vorschriften über Beweisantritt, Beweisbedürftigkeit und Beweiswürdigung getroffen werden, regeln die §§ 355 - 484 das Verfahren bei der Aufnahme der Beweise, beginnend mit einem für alle in den nachfolgenden Bestimmungen (§§ 371 - 484) geregelten Beweismittel geltenden Teil über allgemeine Vorschriften bei der Beweisaufnahme (§§ 355 - 370); als letzter Titel des ersten Abschnitts enthält der 12. Titel Paragraphen über die Sicherung des Beweises (§§ 485-494).

II. Die Durchführung des Beweisverfahrens

1. Die Beweisanordnung

Das Beweisverfahren der Zivilprozeßordnung beginnt mit dem keiner besonderen Form unterworfenen Beschluß des Gerichts nach § 357 a ZPO, eine - sofortige - Beweiserhebung durchzuführen, oder, bei dem Erfordernis eines besonderen Verfahrens, d.h. des Erfordernisses einer neuen Verhandlung oder der beabsichtigten Vernehmung einer

1) Zum Beweisrecht der Zivilprozeßordnung und der anderen Hauptverfahren vergleiche Grunsky, a.a.O., S. 354 ff..

Partei (§§ 358 und 450 Abs. 1 S. 1)²⁾, der Anordnung der Beweisaufnahme durch einen formellen Beweisbeschluß. Sind in einem Rechtsstreit erhebliche Tatsachen, also Tatsachen, die die Schlüssigkeit der Klage³⁾ oder die Erheblichkeit des Beklagtenvorbringens begründen, beweisbedürftig, so muß das Gericht in der Regel das Beweisverfahren einleiten⁴⁾.

2) Rosenberg - Schwab, a.a.O., S. 594.

3) Die Terminologie ist nicht einheitlich; mitunter wird der Schlüssigkeit des Anspruchs die Begründetheit der Klage gegenüber gestellt. In Hessen werden nach den Verlautbarungen des Prüfungsamtes für die Große Juristische Staatsprüfung nur die Begriffe "Schlüssigkeit" oder - nach Ausschaltung des Beklagtenvorbringens als unerheblich - "Begründetheit" der Klage konzediert.

4) Ausnahmsweise kann die Anordnung der Beweisaufnahme unterbleiben, vgl. hierzu die Fälle, daß der Beweis durch einen Sachverständigen zu führen ist und das Gericht sich selbst die nötige Sachkunde zuschreibt, das Beweismittel verspätet gemäß den §§ 279, 279 a (283 Abs.2, 529 Abs. 2 und 3) vorgebracht wird oder dem Gericht eine freie Schadensschätzung nach § 287 Abs.1 oder Abs. 2 eingeräumt ist. Sie muß unterbleiben, wenn sie aus bestimmten Gründen unzulässig ist, zum Beispiel die beweispflichtige Partei nur die Behauptung des Gegners ohne eigenen Sachvortrag bestreitet oder nicht ihrerseits Beweismittel benennt, die Beweisaufnahme ohne Auswirkungen auf die Entscheidung ist, weil von vornherein der völlige Unwert des Beweismittels ersichtlich ist (vgl. Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 591, Anm. 4) oder der Aufnahme des Beweises ein Hindernis entgegenstand, eine gerichtlich bestimmte Frist fruchtlos verstrichen ist und eine spätere Beweisaufnahme das Verfahren verzögern würde (§ 356 ZPO).

Die Anordnung der Beweisaufnahme geschieht im allgemeinen⁵⁾ bei einem zulässigen Beweisantritt⁶⁾ der beweispflichtigen Partei durch Erlaß eines den Anforderungen des § 359 entsprechenden Beweisbeschlusses, und zwar entweder auf Grund einer mündlichen Verhandlung, wobei er nach § 329 Abs. 1 zu verkünden ist, oder im schriftlichen Verfahren gemäß § 128 Abs. 2 und anschließender Mitteilung an die Parteien entsprechend § 329 Abs. 3 S. 2.

Der Beschluß ist eine prozeßleitende Handlung des Gerichts, der für das Urteil allerdings keine vorgreifende Bedeutung besitzt, weder für die Schlüssigkeit oder Erheblichkeit der streitigen Tatsachen, noch für die Beweislast. Die Entscheidung besitzt auch keine für das Gericht bindende Wirkung und ist nicht selbständig anfechtbar; das Gesetz sieht lediglich eine Änderung auf der Grundlage des § 360 ZPO vor.

5) Die sofortige Beweiserhebung nach § 357 a ist in der Praxis eine Ausnahme.

6) Zu diesem Problembereich des lückenhaften Beweisantritts gehört auch nach der im Schrifttum üblichen Systematisierung der sogenannte Ausforschungsbeweis; vgl. hierzu Peters, Ausforschungsbeweis, insbesondere Seite 11 ff. und Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 592 ff., neuerdings Grunsky, a.a.O., S. 382 ff.. In der Praxis kann ein Beweisantrag nur in seltenen Fällen als unzulässiger Ausforschungsbeweis zurückgewiesen werden, da der sonstige Sachvortrag des beweispflichtigen fast immer Anhaltspunkte ergibt, die eine Behauptung substantiiert erscheinen lassen und auch das Gericht sich davor hüten muß, eine behauptete Tatsache als offensichtlich "auf gut Glück" oder "aufs Geradewohl" vorgetragen abzuqualifizieren, da in dieser vorherigen Prüfung der Behauptung auf ihre Wahrheitschance eine Beweiswürdigung läge, was aber vor Beweisaufnahme nicht zu den Aufgaben des Gerichts gehört; außerdem führt auch die nach § 139 erfolgende richterliche Aufforderung zur Erklärung über alle erheblichen Tatsachen, insbesondere Ergänzung ungenügender Angaben und Stellung sachdienlicher Anträge, dazu, daß den an einen Beweisantritt zu stellenden Anforderungen genügt wird. Nicht zu Unrecht weisen Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 594, deshalb darauf hin, daß das Problem des Ausforschungsbeweises zum großen Teil ein Scheinproblem ist. Im übrigen bemerkt Peters, Ausforschungsbeweis, S. 76, zutreffend, daß ein Ausforschungsbeweis zumindest

Die Bedeutung des Beweisbeschlusses für eine beschleunigte Durchführung des Verfahrens und die Förderung des Prozeßzweckes darf nicht unterschätzt werden und unterstreicht die Wichtigkeit dieser prozeßleitenden Aufgabe des Gerichts. Eine schnelle Beweisaufnahme unter Beschränkung auf das beweiskräftigste von mehreren Beweismitteln kann diesen Gesichtspunkten überaus förderlich sein.

2. Die Beweisaufnahme

a. Durchführung der Beweisaufnahme

Die Durchführung der Beweisaufnahme im einzelnen ist bei dem jeweiligen Beweismittel geregelt, mit Hilfe dessen der Beweis geführt werden soll. Als Beweismittel kommen dabei in Frage:

Beweis durch Augenschein	§§ 371 - 372 a
Zeugenbeweis	§§ 373 - 401
Beweis durch Sachverständige	§§ 402 - 414
Beweis durch Urkunden	§§ 414 - 444
Beweis durch Parteivernehmung	§§ 445 - 447.

Abgesehen davon enthalten die §§ 355 - 370 allgemeine Vorschriften der Beweisaufnahme, die für alle Beweismittel gelten und sowohl bei Beweisaufnahmen auf Parteiantrag wie bei solchen von Amts wegen Anwendung finden⁷⁾.

Fortsetzung von Seite 18:

nicht deswegen unzulässig ist, weil man hierin einen Verstoß gegen die sich aus § 138 ZPO ergebende Wahrheitspflicht erblicken müßte. § 138 ZPO untersagt nur Behauptungen wider besseres Wissen; das ist jedoch beim Ausforschungsbeweis gerade nicht der Fall; zustimmend Grunsky, a.a.O., S. 383.

zu Seite 20:

7) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., Vorbem. I 2 a vor § 355.

Den weiteren technischen Ablauf der Beweisaufnahme regeln die Bestimmungen über die Protokollierung (§§ 159 ff.). Im Anschluß an die Vernehmung der Zeugen oder Sachverständigen und/oder der Einnahme des Augenscheins ist nach § 160 Abs. 2 Ziff. 3 und 4 ein Protokoll anzufertigen, in dem die Aussagen der Zeugen oder Sachverständigen oder das Ergebnis des Augenscheins festzustellen sind.

b. Rechtsnatur der Beweisaufnahme

Zur rechtlichen Einordnung der Beweisaufnahme ist die negative Feststellung möglich, daß die Beweisaufnahme sich nicht als Teil der mündlichen Verhandlung, die in der Regel zu Recht als Parteiverhandlung angesehen wird, darstellt⁸⁾, obwohl den Parteien eine gewisse Mitwirkung, z.B. durch Zwischenfragen, gestattet ist.

Nicht gebilligt werden kann in diesem Zusammenhang die Meinung von Schönke-Kuchinke⁹⁾, die annehmen, teilweise schließe die Bezeichnung "mündliche Verhandlung" die Beweisaufnahme ein, wie sich aus § 310 ergebe, teilweise stehe auch die mündliche Verhandlung in der gesetzlichen Terminologie, z.B. des § 370, neben der Beweisaufnahme.

Nach der erstgenannten Bestimmung hat die Verkündung des Urteils in dem Termin stattzufinden, in dem die mündliche Verhandlung geschlossen wird. Damit ist aber nicht vorgeschrieben, daß die Verkündung des Urteils erfolgen muß, wenn der Termin zur Beweisaufnahme beendet ist; vielmehr folgt, wie sogleich darzulegen ist, im Anschluß an den Beweisaufnahmetermin immer noch ein Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung; wenn die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht erfolgt, ist der Termin zur Beweisaufnahme also nur zugleich zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt. Die Einheitlichkeit

8) Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 598.

9) A.a.O., S. 238.

des Termins zur Beweisaufnahme und zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung begründet jedoch keine rechtliche Kohärenz und gibt deshalb nicht der Beweisaufnahme den Charakter der Parteiverhandlung; vielmehr ist sie "eine das Schöpfen der Beweisgründe aus den von den Parteien angesetzten Beweismitteln bezweckender Richterakt, dessen Ergebnis in seinem (von der subjektiven Vorstellung, dem subjektiven Wollen und der subjektiven Mitteilung der Streitteile unabhängigen) objektiven Gehalt auf die Überzeugung des erkennenden Gerichts bei der Feststellung wirken soll, ob eine ausweislich derjenigen Prozeßverhandlungen, welche zur Erklärung des subjektiven Vorbringens der Parteien bestimmt sind, von einem Streitteile aufgestellt, von der Gegenpartei bestrittene Behauptung einer (an sich, wie behauptet, für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblichen) Tatsache für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei"¹⁰⁾.

Im Verlaufe dieses Richteraktes findet noch ein rein geistiger Vorgang statt, den die spätere Entscheidungsfindung meist voraussetzt. Während der Beweisaufnahme nehmen die Richter nämlich die Tatsachen in ihr Gedächtnis auf, die nicht in dem Protokoll festgestellt werden, weil sie nicht unmittelbar Gegenstand der Beweisaufnahme sind, die aber für eine ordnungsgemäße Beweiswürdigung nicht entbehrt werden können, wie z.B. den persönlichen Eindruck des Zeugen von dessen Erinnerungsvermögen und Glaubwürdigkeit, des Sachverständigen von dessen Neutralität und Sachverständnis oder des zur Erbringung des Beweises geeigneten oder dazu nicht verwendbaren Zustandes einer Urkunde oder eines sonstigen Gegenstandes.

10) RGZ 14, 379.

III. Der Fortgang des Verfahrens nach Beendigung des Beweisverfahrens

Das Beweisverfahren ist abgeschlossen, wenn die mündliche Verhandlung fortgesetzt wird. In dieser sogenannten "Schlußverhandlung"¹¹⁾ über das Ergebnis der Beweisaufnahme unter Darlegung des Streitverhältnisses soll den Parteien Gelegenheit gegeben werden, ihre Auffassung über das Beweisergebnis darzulegen, gegebenenfalls weitere Beweisangebote zu stellen und etwaige Beweiseinreden vorzubringen.

IV. Die Beweiswürdigung

Die Verwertung des Ergebnisses der Beweisaufnahme geschieht im Rahmen der Beweiswürdigung¹²⁾. Neben der richtigen Anwendung des Gesetzes ist eine zutreffende Würdigung der erhobenen Beweise von entscheidender Bedeutung für die Qualität der Rechtspflege. Schwierigkeiten können sich insbesondere bei der Würdigung des Zeugenbeweises ergeben, die daraus resultieren, daß an eine glaubhafte Zeugenaussage gegenüber den anderen Beweismitteln bedeutend höhere Anforderungen zu stellen sind: Emotionell neutrale Aufnahme des Vorgangs, Konservierung nur der Tatsachen im Gedächtnis ohne Hinzufügung phantasiebedingter Fakten und eigener Schlußfolgerungen, Fähigkeit des Zeugen, nur die wirklich selbst wahrgenommenen Tatsachen wiederzugeben. Außerdem muß der Zeuge glaubwürdig sein, sein

11) Thomas-Putzo, a.a.O., Anm. 1 zu § 370; teilweise wird auch die Bezeichnung "Schlußtermin" verwendet, vgl. z.B. Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 594.

12) Vgl. hierzu Schneider, a.a.O., passim; derselbe in MDR 1965, 876; 1966, 27, 192, 385 und 381; vgl. auch Blomeyer und Tietgen "Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeßrecht" in den Verhandlungen des Deutschen Juristentages 1966, Bd. I, Teil 2 A u. B und Sattelmacher, a.a.O., S. 120 ff; neuerdings Grunsky, a.a.O., S. 387 ff.

Wille zur Wahrheit also nicht durch nähere menschliche Beziehungen zu einer der Parteien, durch Beeinflussung oder Interesse am Ausgang des Rechtsstreites tangiert werden.

Zur Beurteilung dieser Gesichtspunkte bedient sich das Gericht des in der Beweisaufnahme gewonnenen Eindrucks. Die Akkumulation dieser Eindrücke erfolgte im Rahmen des Beweisverfahrens und ist, zwar nicht feststellbar, aber um so wichtiger, der Beweisaufnahme inhärent.

Ihrer rechtlichen Natur nach ist die Beweiswürdigung also nicht mehr dem Beweisverfahren zuzurechnen, sondern ein der Urteilsbildung unmittelbar vorangehendes erkennendes Gerichtshandeln.

3. Kapitel

Grundsätze des Beweisaufnahmerechts

I. Darstellung der Grundsätze

Die rechtliche Natur der Beweisaufnahme als eines selbständigen Verfahrensteils neben der mündlichen Verhandlung hat zur Folge, daß die für letztere bestehenden grundsätzlichen Entscheidungen des Gesetzgebers nicht auch für das Beweisaufnahmeverfahren ohne weiteres zur Anwendung gelangen können. Es erwiesen sich somit eigene, den Besonderheiten des Beweisaufnahmeverfahrens angepaßte Vorschriften als erforderlich. Diese mußten insbesondere die Art der Ausführung der Beweisaufnahme, die dabei zu beachtende Form sowie die Frage betreffen, ob Amts- oder Parteibetrieb herrschen sollte.

1. Unmittelbarkeit

Als erste Vorschrift des Abschnitts über "Allgemeine Vorschriften bei der Beweisaufnahme" enthält § 355 den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme. Hiernach erfolgt die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht; nur in den gesetzlich bestimmten Fällen besteht die Möglichkeit, sie auf ein anderes Gerichtsorgan zu übertragen¹⁾.

1) Damit ist für die sich hieraus ergebenden Folgerungen eine ausreichende Bestimmung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit erfolgt. Eine exakte Festlegung dieses Grundsatzes und seiner Beziehung zu dem "allgemeinen" Unmittelbarkeitsbegriff erfolgt im nächsten Kapitel.

2. Parteiöffentlichkeit

Als weiteren Grundsatz enthält § 357 das Prinzip der Parteiöffentlichkeit der Beweisaufnahme. Diese Bestimmung gewährt den Parteien nicht nur die Möglichkeit, durch faktische Teilnahme an der Beweisaufnahme einen unmittelbaren Eindruck bei der Aufnahme der einzelnen Beweise zu empfangen, sondern eröffnet ihnen im Zusammenhang mit weiteren, in den Titeln über die einzelnen Beweismittel enthaltenen Rechten, z.B. dem in § 397 Abs.1 und 2 enthaltenen Recht, dem Zeugen Fragen vorlegen zu lassen bzw. ihn direkt zu befragen, den Weg, aktiv an der Gestaltung des Beweisergebnisses mitzuwirken. Zutreffend erkannte man bei der Diskussion des Entwurfes der Zivilprozeßordnung, daß dies "behufs Ermittlung der Wahrheit von großer praktischer Wichtigkeit" werden konnte²⁾. Entsprechend sah das Reichsgericht die Parteiöffentlichkeit der Beweisaufnahme als "eines der wichtigsten Parteirechte und die notwendige Gewähr eines brauchbaren Ergebnisses"³⁾ an.

Auch das Schrifttum würdigt dieses Prinzip einhellig. So bemerken Sydow - Busch - Krantz - Triebel⁴⁾:

"Es handelt sich um ein wichtiges und für das Ergebnis der Beweisaufnahme oft sehr wesentliches Recht der Parteien und Streitgehilfen".

Kleinfeller⁵⁾ ist der Meinung:

"Die Anwesenheit der Parteien ist besonders dann von Wert, wenn sie eigenes Wissen von der Sache haben und durch Fragen zur Aufklärung beitragen oder im Zusammenhang mit der Beweisaufnahme, vom Richter befragt, Auskunft geben".

2) Hahn, a.a.O., S. 305 zu § 312 des Entwurfs.

3) WarnRspr. 1939, Nr. 12.

4) A.a.O., Anm. 2 zu § 357.

5) A.a.O., Anm. III, 2 zu § 357, S. 392 f..

Ebenso zutreffend stellen B a u m b a c h - L a u t e r -
b a c h⁶⁾ fest:

" Diese sogenannte Parteiöffentlichkeit ist eines
der wichtigsten Parteirechte und der Eckpfeiler
des Beweisaufnahmerechts. Nur Anwesenheit und Vor-
haltungen der Parteien zeitigen regelmäßig bei
Zeugenvernehmung ein brauchbares Ergebnis; oft ver-
absäumt der Richter ohne sie eine Frage oder kann
sich der Zeuge ohne die in seinem Gedächtnis von
der Partei gegebenen Anhaltspunkte nicht entsin-
nen⁷⁾.

3. Amtsbetrieb

Im Interesse einer beschleunigten Durchführung der Beweis-
aufnahme ist bis zur Erledigung des Beweisbeschlusses Amts-
betrieb vorgeschrieben (§ 368⁸⁾).

Ist also ein neuer Termin zur Beweisaufnahme oder ihrer Fort-
setzung erforderlich, so muß das Gericht diesen Termin, un-
abhängig vom Nichterscheinen des Beweisführers oder beider
Parteien in dem früheren Termin, von Amts wegen bestimmen⁹⁾.

6) A.a.O., Anm. 1 A zu § 357

7) Zutreffend weist auch Grunsky, a.a.O., S. 378, darauf
hin, daß oft nur durch Zusammenwirken von Zeugen, Ge-
richt u n d Parteien ein optimales Beweisergebnis er-
zielt wird; interessant ist in diesem Zusammenhang die
Folgerung einer engen Nachbarschaft des Grundsatzes der
Parteiöffentlichkeit und des Anspruchs auf rechtliches
Gehör.

8) Weiterhin dient es der Beschleunigung des Verfahrens,
daß eine angeordnete Beweisaufnahme nach § 357 a mög-
lichst sofort erfolgen soll.

9) Als einen weiteren der wichtigsten allgemeinen Grund-
sätze des Beweisaufnahmerechts betrachten Stein-Jonas-
Schumann-Leipold, a.a.O., Vorbem. I 2 vor § 355, die
lediglich prozeßleitende Natur des Beweisbeschlusses;
hierbei handelt es sich aber wohl eher um eine Aussage
über die rechtliche Natur des Beweisbeschlusses, die je-
doch keine das Beweisaufnahmeverfahren prägende Wirkung
entfaltet.

II. Folgerungen aus der gesetzlichen Regelung

Die Darstellung der wichtigsten allgemeinen Prinzipien hat gezeigt, daß das Gesetz für das bei der Beweisaufnahme zu beachtende Verfahren schon dem Wortlaut nach strenge Beachtung erfordert. Trotzdem soll es nach einer im Schrifttum beachtlich und auch in der Rechtsprechung vertretenen Ansicht¹⁰⁾ neben den nach den Bestimmungen der Zivilprozeßordnung vorgenommenen Beweisaufnahmen noch ein Beweisverfahren geben, dessen Gestaltung dem freien Ermessen des Gerichts unterliege. Dieses mit dem Schlagwort "Freibeweis" bezeichnete Verfahren soll dem Gericht bei tatsächlich meist einfach gelagerten oder wenig bedeutsamen Fragen, wie z.B. der Feststellung der Prozeßvoraussetzungen¹¹⁾, der Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Rechtsmittels sowie sonstiger von Amts wegen zu prüfender, prozessual bedeutsamer Tatsachen, im Revisionsverfahren oder dem Verfahren zur Bewilligung des Armenrechts, bei der Erkennung ausländischer Rechtssätze oder den selbständigen Untersuchungen des Sachverständigen zur Vorbereitung seines Gutachtens, die freie Gestaltung des Beweisverfahrens gestatten, so daß z.B. das Erfordernis des Beweisbeschlusses oder der Bestimmung eines besonderen Termins zur Beweisaufnahme entfallen oder keine Bindung an die in den Titeln sechs bis zehn des ersten Abschnittes des zweiten Buches dargestellten Beweismittel bestehe, sondern Erkenntnisquellen jeglicher Art zur Wahrheitsfindung in Frage kämen, also beispielsweise Auskünfte einer Behörde, schriftliche Versicherungen von Privatpersonen oder Schriftstücke aus anderen Verfahren ohne weiteres in das Beweisverfahren Eingang finden.¹²⁾

10) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., Vorbem. III 1 vor § 355; Grunsky, a.a.O., S. 378, bezeichnet diese Auffassung sogar als die überwiegende.

11) Vgl. BGH in NJW 1951, 441 = JZ 1951, 238 = IM Nr. 1 zu § 56.

12) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O..

Dieser im Strafprozeßrecht entwickelten¹³⁾ und ohne Berücksichtigung der unterschiedlichen Verfahrensarten, insbesondere der größeren Flexibilität der zivilprozessualen Regelung¹⁴⁾, von der Praxis¹⁵⁾ aus Praktikabilitätsgesichtspunkten vorschnell auf den Zivilprozeß übertragenen Lehre ist P e t e r s¹⁶⁾ mit überzeugenden Argumenten entgegengetreten. Er hat nachgewiesen, daß eine gesetzliche Grundlage für die Ansicht, die Beweisvorschriften der Zivilprozeßordnung enthielten keine abschließende Regelung, nicht besteht, sondern die Zivilprozeßordnung nach dem Gesetzesaufbau klar davon ausgeht, daß alle Beweisverfahren unter Beachtung der Bestimmungen des fünften bis elften Titels durchzuführen sind¹⁷⁾.

Darüber hinaus hat er dargetan, daß auch sachliche Gründe für eine Zulassung des Freibeweises nicht bestehen¹⁸⁾.

Dieser ist nicht etwa erforderlich, um alle denkbaren Erkenntnisquellen ausschöpfen oder überflüssige und bloß hinderliche Formalien umgehen zu können. Schon das "strenge" Beweisrecht der Zivilprozeßordnung ermöglicht

13) Dort soll es dem Gericht erlaubt sein, das Freibeweisverfahren zur Feststellung der Tatsachen anzuwenden, die nicht zu den Voraussetzungen der Schuldfrage gehören, sondern denen nur prozessuale Bedeutung zukommt; vgl. Alsberg-Nüse, a.a.O., S. 459, und Schmidt, a.a.O., Randziffer 17 vor § 244.

14) Bruns, a.a.O., S. 287 ff..

15) Scheuerle, JZ 1964, 631 bezeichnet den Freibeweis sogar als "Zauberkunststück der Praxis".

16) A.a.O., Freibeweis, passim.

17) A.a.O., Freibeweis, S. 61 ff.; zurückgewiesen werden muß die Ansicht von K o l l h o s s e r, a.a.O., S. 176, der meint, es gehe hierbei um die Priorität der gesetzlich geregelten Beweismittel gegenüber den gesetzlich nicht geregelten Beweismitteln; vielmehr betrifft das Problem des Freibeweises die Frage der Zulässigkeit gesetzlich nicht geregelter Beweismittel neben diesen.

18) A.a.O., Freibeweis, S. 96 ff..

eine ausreichende Berücksichtigung potentieller Beweismittel im notwendigen Umfange. Dies gilt für die amtliche Auskunft ebenso wie für Akten, früher protokollierte Aussagen oder schriftliche Erklärungen aus anderen Verfahren¹⁹⁾.

Hiernach kann ein Freibeweisverfahren allenfalls anerkannt werden, "wenn sich für bestimmte Fragen eine Freistellung vom allgemeinen Beweisrecht aus besonderen sachlichen Gründen rechtfertigt oder die Zivilprozeßordnung die Absicht erkennen läßt, ein besonders vereinfachtes Verfahren zu ermöglichen"²⁰⁾. Als hierfür zutreffende Ausnahmen lassen Stein-Jonas-Schumann-Leipold zu Recht nur das Verfahren bei der Armenrechtsbewilligung und der Feststellung ausländischer Rechtssätze zu. Sonstige Ausnahmen, insbesondere von den oben als wichtigste allgemeine Grundsätze aufgeführten Prinzipien, sind nicht zulässig.

Dies gilt in besonderem Maße für den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme. In dieser Frage hat das Gesetz in § 355 Abs.1 S. 2 ausdrücklich bestimmt, daß Ausnahmen "nur in den durch dieses Gesetz bestimmten Fällen" erlaubt sind. Damit läßt das Gesetz eindeutig erkennen, daß von dem Grundsatz der Durchführung der Beweisaufnahmen vor dem erkennenden Gericht neben den gesetzlich vorgesehenen Tatbeständen weitere Ausnahmen nicht möglich sind.

19) Vgl. Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., Anm. III, 4 zu § 286; eine eingehende Behandlung dieser Problematik erfolgt an späterer Stelle.

20) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., Vorbem. III 2 vor § 355.

Zweiter Teil

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme

4. Kapitel

Begriff und Inhalt der Unmittelbarkeit

Obwohl die Unmittelbarkeit anerkanntermaßen eine der wichtigsten prozeßrechtlichen Maximen darstellt, ist doch in keiner gesetzlichen Vorschrift direkt ein solcher Grundsatz ausgesprochen; auch findet sich keine Legaldefinition.

In der Zivilprozeßordnung sind nur verschiedene Vorschriften enthalten, wie z.B. die §§ 309 und 355, die als Ausdruck der Unmittelbarkeit angesehen werden. Was aber hierunter im einzelnen zu verstehen ist, blieb der rechtswissenschaftlichen Diskussion überlassen; diese brachte, wie so gleich darzustellen ist, trotz jahrzehntelanger Erörterung keine Klarheit.

I. Darstellung der Meinungen

Im allgemeinen wird dem Grundsatz der Unmittelbarkeit die Bedeutung beigemessen, daß Verhandlung und Beweisaufnahme ohne Dazwischentreten weiterer Mittelspersonen vor dem erkennenden Gericht stattfinden¹⁾.

1. Eine Differenzierung erfolgt im Anschluß an Stein-Jonas-Schumann-Leipold meist dahingehend, daß zwischen "allgemeiner", "formeller" und "materieller" Unmittelbarkeit unterschieden wird²⁾.

Die "allgemeine" Unmittelbarkeit fordert nach Stein-Jonas-Schumann-Leipold³⁾ ein Dreifaches:

1) Vgl. z.B. Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 389; Thomas-Putzo, a.a.O., Einl. I, 3.

2) A.a.O., Anm. I 1 zu § 355.

3) A.a.O..

Gemäß § 309 eine Urteilsfällung nur durch das Richterkollegium, das an der dem Urteilsspruch zugrunde liegenden Verhandlung teilnahm, zeitlich rasche Folge des Urteils auf die Verhandlung, wie es § 310 vorschreibt, und Fortsetzung der mündlichen Verhandlung in unmittelbarem Anschluß an die Beweisaufnahme, was durch § 370 bestimmt wird.

Die "formelle" Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme hat bei den genannten Kommentatoren die Bedeutung, daß die Beweisaufnahme vor dem - vollbesetzten - Prozeßgericht stattfinden muß⁴⁾.

Demgegenüber bezeichnet bei ihnen die "materielle" Unmittelbarkeit den Grundsatz, daß nur die Beweismittel zulässig sind, die ihrem Inhalt nach die unmittelbarste Erkenntnis der erheblichen Tatsachen ermöglichen⁵⁾.

2. Nach Meinung von Rosenberg - Schwab bedeutet der Begriff der Unmittelbarkeit, daß die Verhandlung der Parteien und die Beweisaufnahme unmittelbar vor dem erkennenden Gericht zu erfolgen habe⁶⁾. Gemäß dem Prinzip der "formellen" oder "subjektiven" Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme soll diese in der Regel vor dem Prozeßgericht stattfinden⁷⁾.

3. Eine weitere Differenzierung findet sich bei Schönke - Kuchinke⁸⁾, die die Auffassung vertreten, die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme er -

4) A.a.O., Anm. I 1 zu § 355

5) A.a.O..

6) A.a.O., S. 389.

7) A.a.O., S. 596.

8) A.a.O., S. 271.

fordere nicht nur die Aufnahme der Beweise vor dem Prozeßgericht, sondern postuliere auch die Würdigung der Beweise in unmittelbarem Anschluß an die Beweisaufnahme.

Diese Meinung kam schon in einer allgemeinen Verfügung des Reichsministers der Justiz vom 11. November 1935⁹⁾ zum Ausdruck:

"Nicht minder wichtig ist vielmehr auch die unmittelbare Würdigung der Beweise. In unmittelbarem Anschluß an die Beweisaufnahme ist also zu verhandeln und zu entscheiden. Ein Hinausschieben der Verhandlung und Entscheidung führt in der Regel nicht nur zu einer Verzögerung, sondern auch zu einer Gefährdung der Beweiswürdigung, indem der unmittelbare und lebendige Eindruck der Beweisaufnahme immer mehr zurücktritt hinter dem, was nachträglich aus Protokollen herausgelesen und in die Beweisaufnahme hineingelegt wird. Deshalb wird dem Gebot der Unmittelbarkeit nur genügt, wenn die Beweisaufnahme möglichst mit der mündlichen Verhandlung verbunden und in unmittelbarem Anschluß an sie entschieden wird".

9) Abgedruckt in DJ 1935, 1655 und - auszugsweise - bei Volkmar, DJ 1936, 71, der diese Auffassung ebenfalls billigt.

II. Kritik

Dagegen ergibt sich aus § 285, daß eine unmittelbare Würdigung der Beweise im Anschluß an die Beweisaufnahme logisch nicht möglich ist. Die Zivilprozeßordnung hat nämlich zwischen beide die Verhandlung der Parteien über das Ergebnis der Beweisaufnahme unter Darlegung des Streitverhältnisses eingeschoben.

Im übrigen zeigt schon der Wortlaut "Unmittelbarkeit der Beweis a u f n a h m e", daß die Auffassung von S c h ö n k e - K u c h i n k e nicht zutreffen kann. Während dieser Grundsatz also die A u f n a h m e betrifft, meinen S c h ö n k e - K u c h i n k e die V e r w e r t u n g der Beweise, wie sie bei der Beweiswürdigung erfolgt. Selbst wenn man also das gesetzlich vorgeschriebene Zwischenstadium, das in der Praxis in den meisten Fällen nur in einer Wiederholung der Antragstellung und der zu Protokoll festgestellten mündlichen Verhandlung der Parteien besteht, beiseite ließe, ist nach einer philologischen Betrachtung die Folgerung gerechtfertigt, daß S c h ö n k e - K u c h i n k e nicht den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, sondern den Grundsatz der "allgemeinen" Unmittelbarkeit im Sinne S t e i n - J o n a s - S c h u m a n n - L e i p o l d s meinen.

Eher zutreffend erscheint insoweit der von R o s e n b e r g - S c h w a b vertretene Unmittelbarkeitsbegriff. Aber auch ihnen kann nicht vorbehaltlos zugestimmt werden. Es ist zwar zuzugeben, daß die Unmittelbarkeit in erster Linie die Frage der Verhandlung der Parteien und der Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht betrifft; andererseits ist jedoch mit dem - von den genannten Autoren nicht eingeschränkten - Unmittelbarkeitsbegriff auch das Problem der materiellen Unmittelbarkeit einbezogen. Auch ist die

Schaffung der "subjektiven" Beweisunmittelbarkeit als einer weiteren möglichen Variante neben oder anstelle der "formellen" Unmittelbarkeit nicht zu billigen, da diese Bezeichnung keine treffendere Aussage enthält und somit nur zu Verwechslungen Anlaß bietet sowie weitere Unklarheit zu schaffen geeignet ist.

Aber auch die von Stein - J o n a s - S c h u m a n n - L e i p o l d gefundene Begriffsbestimmung kann nicht ohne weiteres gebilligt werden. Insbesondere ist an der von ihnen geprägten "allgemeinen" Unmittelbarkeit Kritik zu üben. Hierunter verstehen die genannten Schriftsteller die das Verhältnis von Verhandlung und Entscheidung charakterisierende Unmittelbarkeit des Verfahrens. Es ist jedoch sinnlos und kann nur zu Verwechslungen führen, aus wenigen Vorschriften eine grundsätzliche Entscheidung des Gesetzgebers zu destillieren, deren Inhalt nicht abstrahierend beschrieben wird, sondern in einer Aufzählung der einzelnen Fälle besteht, so daß dem "Grundsatz" neben den in Bezug genommenen Vorschriften keine weitere Bedeutung zukommt. Dies wird schon augenfällig bei dem Studium des genannten Kommentars. Im Anschluß an die als Gliederung vorangestellte Unterscheidung zwischen "allgemeiner", "formeller" und "materieller" Unmittelbarkeit folgen nur zwei Einzelbeachtungen, die sich mit den Problemen der "formellen" und "materiellen" Unmittelbarkeit beschäftigen. Eine weiterführende Behandlung der allgemeinen Unmittelbarkeit erfolgt nicht.

Hiernach ist festzustellen, daß keine einheitliche Begriffsbildung erfolgte und Differenzen bezüglich des Begriffsinhaltes bestehen. Es gilt daher auch heute noch fast un -

eingeschränkt, was R u p p ¹⁰⁾ im Jahre 1884 für die Unmittelbarkeit unter Einbeziehung des Grundsatzes der Mündlichkeit folgendermaßen besonders plastisch formulierte:

"Es erscheint die Unmittelbarkeit und Mündlichkeit häufig mehr wie ein Dunstkreis, welcher die verschiedenartigsten Dinge bis zur Unterschiedslosigkeit zu umhüllen geeignet ist. Die Begriffsverwirrung ist hier außergewöhnlich groß und schädlich nicht bloß im Sinne der Verhinderung sauberer theoretischer Schablonen, sondern auch der Erkennung des organischen Zusammenhangs einerseits und natürlichen Unterschiedes andererseits zwischen den Fragen des praktischen Rechtslebens".

Mit den folgenden Überlegungen soll versucht werden, die Begriffe etwas straffer zu umreißen, wobei Wert darauf zu legen ist, daß zwar Verschiedenes als solches herauszustellen ist, jedoch nicht in dem Sinne, daß ohne Beachtung maßgeblicher Gesichtspunkte Differenzierungen erfolgen; vielmehr soll nur da unterschieden werden, wo sachliche Momente eine Trennung bedingen.

10) Rupp. E., Der Beweis im Strafverfahren, 1884, zitiert bei Hegler, Der Rechtsgang, I (1913), S. 192.

III. Eigene Überlegungen

Vorweg ist festzustellen, daß das Problem der "Unmittelbarkeit" als solches bisher noch nicht erörtert wurde. Eine Darstellung erfolgte jeweils im Zusammenhang mit der Untersuchung der Mündlichkeit des Verfahrens ¹¹⁾, obwohl man - zumindest in neuerer Zeit ¹²⁾ - deutlich erkannte, daß Unmittelbarkeit und Mündlichkeit des Verfahrens trotz einer regelmäßigen Weggenossenschaft ¹³⁾ in ihrer rechtlichen Bedeutung exakt unterschieden werden können. Andererseits betreffen beide Problemkreise Gestaltungsmöglichkeiten des Verfahrens, nämlich die Schaffung der Entscheidungsgrundlage für das erkennende Gericht, wobei es sich im einzelnen um das Parteivorbringen ¹⁴⁾ und die Be- weiserhebung ¹⁵⁾ handelt. Wegen dieser gemeinsamen Ziel- richtung ist es gerechtfertigt, beide Fragen unter diesen Aspekten zu behandeln.

11) Vgl. etwa Hegler, Der Rechtsgang, Band I (1913), S. 192 ff., 385 ff.; Band II (1916), S. 267 ff..

12) Kip, a.a.O., S. 65 mit weiteren Nachweisen; siehe ferner Koffka in Gruchot 31, 188 ff.; Peters, Freibe- weis, a.a.O., S. 101; Planck, a.a.O., § 40 II B 3.

13) Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 389; Schönke-Schröder- Niese, a.a.O., § 9 III, S. 56; Sauer, a.a.O., § 6 / III, 3 S. 86.

14) Einschließlich der Anträge.

15) In diesem Zusammenhang interessiert nicht die von seiten des Gerichts einzuhaltende Mündlichkeit, z.B. bei der Verkündung des Urteils, da die von dem Ge- richt zu beachtende Mündlichkeit nicht in einem Part- nerschaftsverhältnis zu der von dem Gericht zu beach- tenden Unmittelbarkeit des Verfahrens steht.

Entsprechend den soeben herausgestellten gemeinsamen Gesichtspunkten wird in der Untersuchung zu unterscheiden sein zwischen dem jeweiligen Problem in Beziehung auf das Parteivorbringen und in Beziehung auf die Beweiserhebung¹⁶⁾, wobei sich jeweils Unterfragen ergeben können. Da die Mündlichkeit des Verfahrens im einzelnen schon Gegenstand eingehender Untersuchungen war¹⁷⁾, soll jeweils deren Erörterung, soweit sie die Ausdeutung der Unmittelbarkeit zu fördern geeignet ist, vorangestellt werden.

1. Parteivorbringen

a. Die Mündlichkeit des Parteivorbringens

Die Mündlichkeit des Parteivorbringens kann sich bei der Ausgestaltung des Prozeßverfahrens in verschiedenen Richtungen auswirken. Zunächst ist denkbar, die Mündlichkeit als Grundsatz der Formgestaltung des Parteivorbringens zu sehen; daneben kommt die Mündlichkeit als Prinzip der Möglichkeit des Parteivorbringens in Betracht.

aa. Mündlichkeit als Prinzip der Formgestaltung

In Anwaltsprozessen wird die mündliche Verhandlung gemäß § 129 Abs. 1 dergestalt vorbereitet, daß der Parteivortrag in Schriftsätzen niedergelegt wird, die dem Gericht und dem Gegner rechtzeitig vor dem Termin zugeleitet werden. Auch in anderen Prozessen können nach § 129 Abs. 2 vorbereitende Schriftsätze gewechselt werden. Die Frage nach der Formgestaltung des Parteivorbringens betrifft dann die Entscheidung der Verfahrensordnung dar-

16) Diese Differenzierung erfolgt nicht klar genug bei Wach, Vorträge, a.a.O., 1, 3, 5, 14, wo nur für den Gesichtspunkt der Mündlichkeit Unterscheidungen getroffen werden; zutreffend Planck, a.a.O., Band I, S. 180, teilweise auch Rupp, a.a.O., S. 149 f., 157 f., 193.

17) Vgl. Kip, a.a.O., passim, mit weiteren Hinweisen.

über, ob es ausreicht, daß das Parteivorbringen schriftlich zur Kenntnis des Gerichts gelangte oder ob es zur Beachtlichkeit des Parteivorbringens erforderlich ist, daß die Partei in dem Verhandlungstermin nochmals oder - sollte kein Schriftsatzwechsel vorausgegangen sein - erstmals ihren Vortrag mündlich formuliert. Der Parteivortrag darf bei dem Grundsatz der Mündlichkeit in diesem Sinne nur dann von dem Gericht verwertet werden, wenn er mündlich erfolgte¹⁸⁾.

aaa. Arten der Mündlichkeit

Es können verschiedene Abstufungen der Mündlichkeit unterschieden werden.

Denkbar ist eine Ausgestaltung des Verfahrens in bezug auf die Mündlichkeit des Parteivorbringens in dem Sinne, daß jedes mündliche Vorbringen in dem Verhandlungstermin ohne Rücksicht auf eine vorherige Niederlegung in einem Schriftsatz von dem Gericht beachtet werden muß. Bei diesem Prinzip der strengen Mündlichkeit tritt zu dem allgemeinen Satz, daß die Parteien ihr Vorbringen mündlich vortragen müssen, damit es beachtet werden kann, der allerdings nur im Verhältnis zur abgeschwächten Mündlichkeit verständliche Satz, daß auch das nur mündlich Vorgebrachte der Entscheidung zugrunde gelegt werden muß¹⁹⁾.

Den Gegensatz zu der soeben dargestellten strengen Mündlichkeitsform bildet die Schriftform; danach ist nur das schriftlich dem Gericht zur Kenntnis Gebrachte zu berücksichtigen.

18) Vgl. z. B. Planck, a. a. O., I. Bd., S. 177, 183; Hellwig, System, a. a. O., I. Band S. 522, 524.

19) Allgemein wird dies dergestalt formuliert, daß nur das und all das mündlich Vorgebrachte in Betracht komme, vgl. Hellwig, System, a. a. O., S. 524, 530.

Zwischen beiden Formprinzipien ist die abgeschwächte Mündlichkeit einzureihen; es genügt eine mündliche Bezugnahme auf die Schriftsätze zur logischen Gleichstellung des in den Schriftsätzen enthaltenen Vortrags mit dem e v e n - t u e l l daneben mündlich Vorgebrachten.

bbb. Regelung der Zivilprozeßordnung

Die Zivilprozeßordnung enthält in § 128 den Grundsatz, daß vor dem erkennenden Gericht eine mündliche Verhandlung stattzufinden hat. In Weiterführung dieser grundsätzlichen Entscheidung des Gesetzgebers muß der Vortrag der Parteien gemäß § 137 Abs. 2 in Redeform erfolgen, und zwar in der strengen Weise der freien Rede. Weiterhin sind die von den Parteien im Anwaltsprozeß in der mündlichen Verhandlung zu stellenden Anträge nach § 297 Abs. 1 aus den vorbereiteten Schriftsätzen zu verlesen.

Im übrigen sind diese Bestimmungen jeweils durch ergänzende Vorschriften eingeschränkt. Man muß auch H e g - l e r ²⁰⁾ konzedieren, daß schon die erwähnte Verlesung der Anträge keine reine Durchführung der Mündlichkeit bedeutet, da die Verlesung ihrer Bedeutung nach als eine *conditio sine qua non* eine vorherige schriftliche Niederlegung des zu Verlesenden beinhaltet. Darüber hinaus ist nach § 128 Abs. 2 mit Einverständnis der Parteien eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung möglich; auch gestatten sowohl § 137 Abs. 3 für den Parteivortrag als auch § 297 Abs. 4 für die Verlesung der Anträge unter bestimmten Voraussetzungen eine Bezugnahme auf die Schriftsätze. Gleiches gilt gemäß § 523 für den nach § 526 in der Berufungsinanz erforderlichen Vortrag.

20) Der Rechtsgang, Band I (1913), S. 197 f..

Somit ergibt sich, daß im Zivilprozeß in der Regel im Sinne der abgeschwächten²¹⁾ Mündlichkeit verfahren wird.

ccc. Sinn der Mündlichkeit

Die Vorteile der Mündlichkeit für die Wahrheitsfindung und die beschleunigte Durchführung des Verfahrens sind unbestritten. Für sie spricht "die größere Anschaulichkeit und Eindringlichkeit, Frische und Natürlichkeit des Vortrags, die leichtere Möglichkeit der Anpassung an den Einzelfall, der Beseitigung von Mißverständnissen, der Ergänzung und Aufklärung des Streitstoffes, der Fernhaltung von Lüge und Schikane"²²⁾.

Als Nachteil bringt die Mündlichkeit die Gefahr mit sich, daß die ungewandte und ungeübte Partei nicht die Fähigkeit besitzt, den Streitstand dem Gericht unter Beachtung der maßgeblichen Gesichtspunkte zu schildern; weiterhin ungünstig ist die Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes, die die Möglichkeit des Überhörens oder Vergessens wichtiger Punkte, insbesondere bei umfangreichem Material, sowie die Schwierigkeit, den Prozeßstoff auch für eine höhere Instanz festzuhalten²³⁾, zur Folge hat.

21) Die allzu strenge Durchführung der Mündlichkeit in der Zivilprozeßordnung in der Fassung des Jahres 1877 hat sich als nicht zweckmäßig erwiesen. Deshalb wurde sie durch die Novelle des Jahres 1909 und insbesondere die des Jahres 1924 auf ein bescheideneres Maß zurückgeführt; vgl. Rosenberg, a.a.O., S. 302. Wegen dieser mehrfachen Gesetzesänderung sind die Ausführungen von Hegler, Der Rechtsgang, Bd. I (1913), S. 197, die zu dem Ergebnis der vollen Mündlichkeit führen, überholt.

22) Rosenberg, a.a.O., S. 302; siehe zur Funktion der mündlichen Verhandlung jetzt Fezer, Gerhard, Die Funktion der mündlichen Verhandlung im Zivilprozeß und im Strafprozeß, Bd. 20 der Tübinger Juristischen Studien, 1970, der auch auf die Wahrheitseffektivität der mündlichen Verhandlung hinweist; dagegen Grunsky, a.a.O., S. 186 f., der dem Mündlichkeitsprinzip keine spezifische Gerechtigkeitsbezogenheit zuerkennt.

23) Die Protokollierung des Vortrags bringt insoweit keine

bb. Mündlichkeit als Prinzip der Möglichkeit des Parteivorbringens

aaa. Inhalt und Beziehung zu der Mündlichkeit als Prinzip der Formgestaltung

Das Prinzip der Mündlichkeit bezüglich des Parteivorbringens wird aber noch in einem zweiten Sinne verstanden. Anders als unter aa. dargestellt, handelt es sich nicht um die Frage der F o r m , sondern um die der M ö g - l i c h k e i t des Parteivorbringens. Man bezeichnet dies allgemein als den Grundsatz der "notwendigen mündlichen Verhandlung"²⁴⁾.

Berührungspunkte mit der unter aa. erörterten Mündlichkeit bestehen insofern, als beide das Parteivorbringen betreffen und auch der Grundsatz der notwendigen mündlichen Verhandlung meist eine Ausprägung des Gedankens der unter aa. dargestellten Mündlichkeit beinhaltet.

Diese Verbindung ist jedoch keineswegs immer eine notwendige. Da man nämlich unter dem Prinzip der obligatorischen mündlichen Verhandlung versteht, daß die Parteien nur in einer mündlichen Verhandlung die Möglichkeit zum Parteivortrag haben²⁵⁾ - darin notwendig mitenthalten ist die beiden Parteien offenstehende Möglichkeit, in der mündlichen Verhandlung zu dem von dem Gegner vorgebrachten Material

Fortsetzung von Seite 40:

Abhilfe, da dieses Verfahren für die zweite Instanz die Mittelbarkeit des Parteivortrages zur Folge hätte. Dagegen wäre bei einer schriftlichen Ausgestaltung des Verfahrens eine auch für das Instanzgericht unmittelbare Äußerung gegeben.

Seite 41:

24) Rosenberg, a.a.O., S. 303; Thomas-Putzo, a.a.O., Anm. 2 b zu § 128.

Das Reichsgericht (JW 1912, 357 Nr. 12) spricht vereinfachend vom Grundsatz der mündlichen Verhandlung.

25) Rosenberg, a.a.O., S. 303.

Stellung nehmen zu können²⁶⁾ -, so daß bei Beachtung dieser Forderung von dem Gericht bei der Entscheidung keine Tatsachen berücksichtigt werden dürfen, die nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, ist ersichtlich, daß der Grundsatz der beiderseitigen Diskussionsmöglichkeit ebenso gut auf schriftlichem Wege erfüllt werden könnte.

Damit ist klargestellt, daß es sich bei der obligatorischen mündlichen Verhandlung um eine Kombination der dargelegten Grundidee von der Möglichkeit beiderseitiger Stellungnahme mit der unter aa. erörterten Mündlichkeit im Sinne der Formgestaltung des Parteivorbringens handelt.

Im übrigen beinhaltet schon das Wort *V e r h a n d l u n g* die Möglichkeit des kontradiktorischen Vortrags, so daß die *m ü n d l i c h e V e r h a n d l u n g* dem Grundgedanken der Mündlichkeit in diesem Sinne zwar auf die einfachste Weise gerecht wird, aber-wie schon erwähnt- nicht die einzige mögliche ist²⁷⁾.

26) Es ergibt sich hier ein Berührungspunkt mit dem Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs; vgl. z.B. RGZ 41, 293; 49, 349. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs setzt jedoch nicht notwendig voraus, daß eine Anhörung des Gerichts über einen mündlichen Parteivortrag stattfindet; ihm kann auch im Wege der Einräumung einer schriftlichen Stellungnahme genügt werden; vgl. Planck, a.a.O., I. Band, 246 unter III. und Thomas-Putzo, a.a.O., Einl.I. 4 c.

Nicht zu verwechseln ist die Mündlichkeit in diesem Sinne mit dem die Zivilprozeßordnung weitgehend beherrschenden Verhandlungsgrundsatz: Diesem kommt nur der Inhalt zu, daß in der Regel keine Tatsachen von dem erkennenden Gericht berücksichtigt werden dürfen, die nicht von den Parteien in den Rechtsstreit eingeführt wurden; er nimmt jedoch keine Stellung zu der Frage, ob auch Tatsachen bei der Entscheidung berücksichtigt werden können, bezüglich derer die Gegenseite keine Stellung nehmen konnte; vgl. auch insoweit die oben angeführte Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 49, 349; weiterhin RG in JW 1903, S. 63, Nr. 2 und JW 1912, S. 389, Nr. 19.

27) Ein weiterer formaler, sich an dem Standpunkt des Vortragenden orientierender Unterschied der beiden Arten der Mündlichkeit ergibt sich bei Berücksichtigung der differenzierten Provenienz des Parteivortrages. Während die unter aa. dargestellte Variante der Mündlich-

bbb. Regelung der Zivilprozeßordnung

Die Zivilprozeßordnung hat in § 128 Abs. 1 den Grundsatz der Mündlichkeit als Möglichkeit des Parteivorbringens manifestiert. In weiteren Vorschriften bringt das Gesetz zum Ausdruck, daß nur der Vortrag oder die Beweisaufnahmen von Bedeutung sind, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, so z.B. in den §§ 273, 285 Abs. 1 und 2, 286, für die Berufungsinstanz § 526 und für die Revisionsinstanz § 566. Daneben ist aber auch in einer ganzen Reihe von Fällen eine mündliche Verhandlung nur fakultativ; sie findet also nur dann statt, wenn das Gericht in Ausübung des ihm eingeräumten Ermessens eine solche anordnet. Das kann überall dort der Fall sein, wo die mündliche Verhandlung nicht obligatorisch ist, also außerhalb des Rahmens des § 128 Abs. 1, z.B. für die Entscheidungen des Vorsitzenden eines Kollegialorgans, des ersuchten oder beauftragten Richters, nach § 573 Abs. 1 für alle Entscheidungen auf eine Beschwerde oder nach § 764 Abs. 3 für Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts sowie in den übrigen zahlreichen Fällen, in denen die Zivilprozeßordnung entsprechende Bestimmungen enthält, z.B. §§ 37, 45 Abs. 3, 102 Abs. 2, 104 Abs. 3, S. 3, 209 Abs. 3, S. 2 u.s.f..

Fortsetzung zu Seite 42:

keit die Frage der Beachtlichkeit des eigenen Parteivortrags betrifft, beantwortet die unter bb. aufgezeigte Mündlichkeit in erster Linie die Frage, inwieweit das Vorbringen des Gegners, also fremdes Parteivorbringen, vom Gericht bei der Urteilsfindung zugrunde gelegt werden kann bzw. ignoriert werden muß.

ccc. Zweck der Mündlichkeit

Zweck der Mündlichkeit in diesem Sinne ist es, zu verhüten, daß von einer Partei vorgetragene Tatsachen von dem Gericht berücksichtigt werden, zu denen die andere Partei keine mündliche Stellungnahme abgeben konnte.

b. Unmittelbarkeit des Parteivorbringens

aa. Inhalt der Unmittelbarkeit und Abgrenzung zu dem Begriff der Mündlichkeit

Die Unmittelbarkeit des Parteivorbringens betrifft - im Gegensatz zur entsprechenden Problemstellung bei der Mündlichkeit - nur die Frage der Formgestaltung, d.h. die Frage, wem gegenüber der Parteivortrag zu erfolgen hat: direkt gegenüber dem entscheidenden Gericht und somit unmittelbar oder gegenüber einer für das erkennende Gericht handelnden Mittelsperson und damit mittelbar²⁸⁾.

Unmittelbarkeit und Mündlichkeit in diesem Sinne können exakt unterschieden werden. Sowohl die Unmittelbarkeit wie die Mittelbarkeit sind mit der Mündlichkeit wie mit der Schriftlichkeit vereinbar.

28) Vgl. Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 389; nicht durchgesetzt hat sich die Terminologie von Kohler in Kohler-Holtzendorffs Rechtsenzyklopädie, Band II, S. 82, 85, der unterscheiden wollte zwischen "Unmittelbarkeit der Parteihandlungen", unter der er das unmittelbare Erklären gegenüber der Gegenpartei verstand im Gegensatz zur gerichtlichen Vermittlung, und "Unmittelbarkeit der Gerichtstätigkeit", die inhaltlich dem soeben Dargestellten entsprach.

Nicht zutreffend ist es deshalb, von Mittelbarkeit dann zu reden, wenn das Parteivorbringen nur schriftlich erfolgte, indem man als Merkmal der Unmittelbarkeit postuliert, daß überhaupt nichts Drittes als gegenständliche Scheidewand zwischen das Parteivorbringen und dessen sinnliche Wahrnehmung durch den Richter tritt, wie z.B. das Schriftstück²⁹⁾. Auch ein nur schriftliches Verfahren ist dann als unmittelbar anzusehen, wenn der erkennende Richter unmittelbar ohne Zwischenschaltung einer richterlichen³⁰⁾ Mittelsperson die Schriftstücke erhält, denn in diesem Falle ist nicht das Merkmal der Mittelbarkeit, nämlich die Transmission des Parteivorbringens durch die Subjektivität einer richterlichen Mittelsperson gegeben. Wenn das schriftliche Vorbringen also direkt an das erkennende Gericht gerichtet war, so ist dieser Vortrag ebenso unmittelbar, als würde er mündlich direkt dem Gericht unterbreitet³¹⁾.

Umgekehrt kann auch ein mündliches Verfahren als mittelbares gestaltet sein. Besonders deutlich bringt dies § 288 zum Ausdruck, wonach die nur mündlich zulässige Erklärung des Geständnisses unmittelbar an das erkennende Gericht oder mittelbar zu Protokoll eines beauftragten oder ersuchten Richters abgegeben werden kann. Diese Bestimmung beweist damit zugleich, daß es sich bei der Unmittelbarkeit und der Mündlichkeit in der Zivilprozeßordnung auch hinsichtlich des Parteivorbringens um zwei selbständige Prozeßgrundsätze handelt.

29) Kip, a.a.O., S. 65.

30) Kritisch hierzu Kip, a.a.O., S. 65.

31) A.A. Fitting, a.a.O., S. 108, der die Durchführung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit in Ansehung der Parteivorträge bedingt sieht durch deren Mündlichkeit; zutreffend Koffka in Gruchot, 31, 194.

Da bei beiden ganz verschiedene rationelle Erwägungen maßgebend sind, ist es verfehlt, sie in Konnex zu bringen³²⁾.

bb. Gesetzliche Regelung

Das Urteil kann gemäß § 309 nur von denjenigen Richtern gefällt werden, die an der dem Urteil zugrunde liegenden Verhandlung teilgenommen haben. Damit ist sichergestellt, daß nur diejenigen Richter mit der Entscheidungsfindung³³⁾ befaßt werden, die das Vorbringen der Parteien direkt wahrgenommen haben. § 309 enthält also eine Regel bezüglich jedes denkbaren Parteivorbringens, und es ist deshalb gerechtfertigt, in ihm die Manifestierung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit des Parteivorbringens zu sehen.

Nicht zugestimmt werden kann der Meinung von Rosenberg - Schwab³⁴⁾, nach denen § 128 Abs. 1 das Prinzip der Unmittelbarkeit darstellen, § 309 dagegen nur eine Einschränkung dieses Grundsatzes enthalten soll.

32) So aber die Begründung zum Entwurf der Zivilprozeßordnung, S. 19 f., wo ausgeführt wird, die Mündlichkeit des Verfahrens sei ein inkorrektter Ausdruck; richtiger sei es, von dem Grundsatz der Unmittelbarkeit zu reden und hierunter zu verstehen, "daß die Verhandlung der Parteien vor dem erkennenden Gericht eine mündliche sein soll". Unzutreffend ist auch Wach, Vorträge, 1, nach dem Mündlichkeit die Unmittelbarkeit der Wahrnehmung des Prozeßstoffes durch den erkennenden Richter sein soll und diese bezweckt, daß nur das unmittelbar von dem Richter Wahrgenommene Urteilsgrundlage wird; ebenfalls nicht richtig Fitting, a.a.O., S.107, der die Mündlichkeit als Durchführung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit sieht, und Birkmeyer, a.a.O., S.510, bei dem sich die Unmittelbarkeit als Oberbegriff findet, die in die Mündlichkeit der Verhandlung und die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme aufgespaltet werden könne.

33) Für Beschlüsse verweist § 329 auf § 309.

34) A.a.O., S. 389.

Es ist oben schon zur Genüge dargelegt, daß Mündlichkeit und Unmittelbarkeit geschieden werden können und müssen. Nach dem dort Ausgeführten trifft § 128 nur für die Mündlichkeit des Parteivorbringens zu, so daß keine Konnexität zu der Unmittelbarkeit in diesem Sinne gegeben sein muß und ist³⁵⁾.

Aber auch die zur Bedeutung des § 309 vertretene Auffassung kann nicht gebilligt werden. Anders als im Strafprozeßrecht, wo nach jeder Unterbrechung der Hauptverhandlung für mehr als zehn Tage das Verfahren von neuem begonnen werden muß, bilden im Zivilprozeß die mehreren Verhandlungen der Instanz eine Einheit, so daß man von der Einheitlichkeit und, da allen Verhandlungen die gleiche Bedeutung zukommt, Gleichwertigkeit aller Verhandlungen spricht³⁶⁾. § 309 erlaubt somit in Abänderung der strafprozeßrechtlichen Regelung, daß nicht in jedem Termin mit der mündlichen Verhandlung erneut zu beginnen ist³⁷⁾, enthält damit aber keine Einschränkung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit, sondern eine Vereinfachung für den Fall mehrmaliger Verhandlungen vor dem erkennenden Gericht, das auch an den vorhergehenden Verhandlungen teilnahm und aus diesem Grunde das bisherige Parteivorbringen unmittelbar aufgenommen hat.

35) Unklar auch Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., Anm. II zu § 309, die diese Bestimmung als Folgesatz der Mündlichkeit bezeichnen, und Hegler, Band I (1913), S. 217, der zwischen § 128 und § 309 keine Unterscheidung trifft.

36) Rosenberg, a.a.O., S. 311.

37) Sondern nur dann, wenn ein Richterwechsel stattfand.

cc. Zweck der Unmittelbarkeit

Der Vorzug der Unmittelbarkeit des Parteivorbringens besteht in der Eliminierung weiterer Fehlerquellen, wie sie sich bei jeder Einschaltung eines weiteren Zwischengliedes ergeben. Auch ist zu beachten, daß die zur Mitteilbarkeit führende Einschaltung einer weiteren Person zu einer unvollständigen Aufnahme der Tatsachen führen kann, weil die Mittelsperson über die Begleitumstände ungenügend orientiert ist.

In Verbindung mit der Mündlichkeit ergibt sich eine Verwertbarkeit der bereits dort³⁸⁾ genannten Imponderabilien.

Eine nachteilige Folge der Unmittelbarkeit des Parteivorbringens ist es, bei einem Wechsel in der Besetzung des erkennenden Gerichts das Vorbringen wiederholen lassen zu müssen.

38) Siehe Seite 40

2. Beweisaufnahme

Die Beweisaufnahme bildet neben dem Parteivorbringen die weitere Grundlage für die richterliche Entscheidungsfindung. Auch insoweit kann zwischen der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme geschieden werden.

a. Mündlichkeit der Beweisaufnahme

aa. Inhalt

Bei der Mündlichkeit als Prinzip der Formgestaltung der Beweisaufnahme handelt es sich darum, daß die Bekundung der zum Beweis benannten Person nur in der Form der mündlichen Aussage statthaft ist und dementsprechend nur das mündlich Ausgesagte beachtet werden darf.

Auch hier kann - entsprechend dem zur Mündlichkeit des Parteivorbringens Vorgebrachten³⁹⁾ - differenziert werden in strenge und abgeschwächte Mündlichkeit. Während nach der Mündlichkeit im erstgenannten Sinne die bloße mündliche Bekundung immer statthaft und beachtlich ist, muß hierzu bei der abgeschwächten Mündlichkeit im Anschluß an die Erklärung der zum Beweise benannten Person eine schriftliche Niederlegung der Aussage nachfolgen.

Den Gegensatz bildet die fakultative oder - was allerdings weniger opportun ist und deshalb nur der Vollständigkeit halber hiermit kurz erwähnt werden soll - obligatorische Schriftlichkeit, die in ersterem Sinne bedeutet, daß auch eine schriftliche Mitteilung an das

39) Siehe oben Seite 38

erkennende Gericht statthaft ist⁴⁰⁾.

bb. Gesetzliche Regelung

Die Zivilprozeßordnung hat sich, wie § 394 erkennen läßt, für die Mündlichkeit der Beweisaufnahme entschieden. Nach dieser Bestimmung ist der Zeuge zu " v e r n e h m e n "; hieraus ergibt sich, daß er dasjenige, was ihm von dem Gegenstand seiner Vernehmung bekannt ist, mündlich bekunden muß⁴¹⁾.

Entsprechendes gilt für den Sachverständigen; insoweit folgt auch als Umkehrschluß aus § 411, daß nur ausnahmsweise eine schriftliche Begutachtung vorgenommen werden darf.

Ausnahmsweise kann die Vernehmung durch eine schriftliche Beantwortung der Fragen des Gerichts in Verbindung mit einer eidesstattlichen Versicherung über die Richtigkeit der Auskunft ersetzt werden⁴²⁾. Diese Möglichkeit er -

40) Zu bemerken ist, daß Mündlichkeit der Beweisaufnahme auch dann gegeben ist, wenn der Zeuge gegenüber einem beauftragten oder ersuchten Richter ausgesagt hat und sodann der Richterkommissar die Aussage dem erkennenden Gericht mitteilt, so daß dieses nur auf schriftlichem Wege von der Aussage Kenntnis erlangt, a.A. Wach, Vorträge 44; Weismann, a.a.O., I. Band, S. 182 f.. Gegen diese, allerdings zum Teil nicht exakt trennend, Jahn, a.a.O., S. 23, dem beizupflichten ist, da es nicht eine Voraussetzung der Mündlichkeit in diesem Sinne darstellt, daß die Aussage vor dem erkennenden Gericht abgegeben wird; dies ist vielmehr ein Erfordernis, das nur bezüglich der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme besteht.

41) Vgl. auch die Motive zum Entwurf einer Zivilprozeßordnung, S. 256, zitiert bei Hegler, Der Rechtsgang, Bd. I (1913), S. 388 unter Nr. 2, wonach der Zeuge ohne Benutzung eines schriftlichen Entwurfs mündlich auszusagen habe.

42) Außer Betracht bleiben kann in diesem Zusammenhang der Fall der Glaubhaftmachung gemäß § 294, da es sich hierbei um eine besondere Art der Beweisführung handelt. Ebenfalls aus dem Rahmen des hierin Frage Stehenden fällt das Verfahren der Richterablehnung gemäß § 44 Abs. 2, da dort nicht auf eine Zeugen-, sondern eine Richteraussage Bezug genommen wird.

öffnet § 377 in den Absätzen 3 und 4, wenn eine Auskunft den Zustand der Vernehmung bildet, die der Zeuge anhand seiner Aufzeichnungen zu geben hat, oder auch in anderen Fällen, in denen dem Gericht eine schriftliche Auskunft genügt und die Parteien damit einverstanden sind.

Die Zivilprozeßordnung hat die Mündlichkeit jedoch nur in der Art der eingeschränkten Mündlichkeit verwirklicht. Nach § 160 Abs. 2 Ziff. 3 müssen die Aussagen der Zeugen, Sachverständigen oder Parteien durch Aufnahme in das Protokoll festgestellt werden; trotz Mündlichkeit bei der Aussage sind deshalb bei der Entscheidungsfindung ausschließlich die protokollierten Aussagen beachtlich, und dies auch dann, wenn die Aussage unmittelbar vor dem später erkennenden Gericht abgegeben wurde⁴³⁾.

43) Damit ist evident, daß auch bezüglich der Beweisaufnahme eine unzweideutige Trennung von Mündlichkeit und Unmittelbarkeit vollzogen werden kann.

cc. Zweck

Ratio der Mündlichkeit der Beweisaufnahme ist das Streben nach einer besseren Wahrheitsfindung. Das Gericht erhält durch die mündliche Aussage des Zeugen oder Sachverständigen oder der Partei eine anschauliche Schilderung, die besonders intensiv durch die Frische und Natürlichkeit der Bekundung wirkt. Im Vergleich zur schriftlichen Äußerung ist gerade der letzte Gesichtspunkt von besonderer Bedeutung, da viele Personen glauben, sich vor Gericht oder bei Behörden deren termini technici angleichen zu müssen, obwohl ihnen deren rechtliche Bedeutung im einzelnen nicht geläufig ist; demgegenüber besteht bei einer mündlichen Aussage die Gefahr nicht, denn rechtswissenschaftliche Diktion gehört trotz der vermehrten Produktion rechtlicher "Aufklärungsbücher" in jüngerer Zeit nicht zum üblichen Wortschatz des Laien.

Weiterhin von Vorteil ist die schon bei der Mündlichkeit als Formprinzip des Parteivorbringens genannte Möglichkeit der raschen Aufklärung von Mißverständnissen⁴⁴⁾ durch Fragen des vernehmenden Richters, der die Aussage zielstrebig zu den entscheidenden Fragen lenken kann.

44)

S.o.S. 40

Noch zu vermerken ist als psychologischer Effekt des Aussagens vor Gericht die Steigerung der Wahrhaftigkeit, hervorgerufen durch den bei einer schriftlichen Äußerung nicht vorliegenden Zwang der aussagenden Person, die Bekundung gegenüber einem oder mehreren anderen zu deren kritischer Beurteilung des Wahrheitsgehaltes abgeben zu müssen und deren Rückfragen ausgesetzt zu sein.

Als nachteilige Konsequenz der Mündlichkeit der Beweisaufnahme sind alle diejenigen Folgen festzustellen, die auch bei der Mündlichkeit als Formprinzip des Parteivorbringens erörtert wurden. Insofern kann auf die dortige Abhandlung verwiesen werden⁴⁵⁾.

b. Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme

Parallel zu der Aufspaltung der Mündlichkeit des Parteivorbringens in die Frage nach dem Prinzip der Formgestaltung und dem Prinzip der Möglichkeit des Parteivorbringens kann bei der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme differenziert werden nach der Unmittelbarkeit als Prinzip der Formgestaltung und der Unmittelbarkeit als Frage nach der Möglichkeit indirekter Beweismittel. Diese verschiedenen Themen umfassen inhaltlich die im allgemeinen unter "formeller" und "materieller" Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme behandelten Probleme. Nur so wird jedoch die weitgehende Parallelität der Gesichtspunkte deutlich, unter denen man die Grundsätze der Unmittelbarkeit und der Mündlichkeit betrachten kann.

45) S.o.S. 40

aa. Unmittelbarkeit als Prinzip der Formgestaltung

aaa. Inhalt

Die Unmittelbarkeit in diesem Sinne beantwortet die Frage danach, vor wem die Beweisaufnahme durchzuführen ist: entweder direkt vor dem den Rechtsstreit abschließend entscheidenden Gerichtsorgan (Unmittelbarkeit) oder aber einer richterlichen Mittelsperson⁴⁶⁾, so daß das erkennende Gericht nicht selbst Beweis erhebt (Mittelbarkeit), sondern von dem Ergebnis der Beweisaufnahme erst auf Grund eines seitens des die Beweisaufnahme vornehmenden Richters erstellten Protokolls Kenntnis erlangt. Auch insoweit kann von Mittelbarkeit also aus dem Grunde gesprochen werden, weil das Ergebnis der Beweisaufnahme dem Gericht nur auf dem - schriftlichen - Wege der Einschaltung einer Zwischenstation bekannt wird, somit das Ergebnis der Beweisaufnahme nur unter Hindurchgehen durch die Subjektivität der richterlichen⁴⁷⁾ Mittelsperson bekannt wird⁴⁸⁾.

Keines besonderen Hinweises bedarf es in diesem Zusammenhang darauf, daß die gesamte Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht erfolgen muß, z.B. im Falle einer angeordneten Begutachtung durch mehrere Sachverständige also alle Sachverständigen vom Gericht zu vernehmen sind⁴⁹⁾.

46) In Betracht kommen der ersuchte oder beauftragte Richter oder der Einzelrichter, bei letzterem allerdings problematisch; die Einzelheiten hierzu werden später ausführlich behandelt.

47) Vgl. Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 389; Thomas-Putzo, a.a.O., Einl. I 3; über die Einschaltung von Privatpersonen unten.

48) Vgl. den gleichen Gedanken für die Unmittelbarkeit des Parteivorbringens S.45.

49) Es genügt somit nicht, daß nur einer von ihnen das Ergebnis der Begutachtung bekanntgibt, vgl. BGH in NJW 1959, 1323 = IM Nr. 2 zu § 355.

Ebenfalls selbstverständlich ist es, daß die Übertragung einer Beweisaufnahme auf Privatpersonen gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme verstieße⁵⁰⁾.

Mißverständlich bezeichnen Stein-Jonas-Schumann-Leipold deshalb eine wegen rechtlicher Unmöglichkeit, z.B. einer körperlichen Untersuchung einer Frau, oder aus tatsächlichen Gründen, z.B. der Besichtigung eines gesunkenen Schiffes, erfolgte Feststellung eines Arztes oder Tauchers als Ausnahme dieses Grundsatzes⁵¹⁾. Die Beweisaufnahme liegt in den angeführten Fällen erst in der Aussage des Sachverständigen oder Zeugen vor dem Prozeßgericht und stellt sich nicht als Beweisaufnahme eines Augenscheins, sondern eines Sachverständigen- oder Zeugenbeweises dar⁵²⁾.

Im allgemeinen wird auch in dem dargelegten Sinne von der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme gesprochen⁵³⁾. Daneben sind jedoch auch noch Unklarheiten festzustellen.

50) Besonders betont wird dies bei Stein-Jonas-Schumann-Leipold, Anm. I 2 c zu § 355.

51) A.a.O..

52) Zu Recht trennen Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., Anm. I 2 c hiervon die Frage, ob eine durch eine Privatperson von sich aus durchgeführte außergerichtliche "Beweisaufnahme" vom Gericht verwertet werden darf: Diese ist dem Problem der materiellen Unmittelbarkeit zuzuordnen.

53) Eindeutig Fitting, a.a.O., S. 107, wonach der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme bedeutet, daß die Beweisaufnahme sich unmittelbar vor dem zur Entscheidung berufenen Gerichte, und zwar vor seinen sämtlichen Mitgliedern, abspielen soll, so daß diese die Kenntnis jener Vorgänge durch eigene unmittelbare Wahrnehmung erlangen; Kleinfeller, a.a.O., S. 205, spricht vereinfachend für den Zeugenbeweis davon, "daß der zur Entscheidung berufene Richter.... Auskunftspersonen selbst anhört"; vgl. auch Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 389 und 596 und Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., Anm. I 1 b und I 2 a zu § 355. siehe weiter S. 56.

Eindeutig verfehlt ist es, bei Unmittelbarkeit darauf abzustellen, ob das entscheidende Gericht die Entstehung einer Erklärung selbst unmittelbar bemerkte, so daß Mittelbarkeit gegeben wäre, wenn Schriftstücke eingereicht würden, die nicht vor dem erkennenden Gericht niedergeschrieben oder in der mündlichen Verhandlung überreicht worden wären⁵⁴⁾. Wesentlich ist vielmehr ausschließlich das Vorhandensein oder Fehlen einer richterlichen Mittelsperson.

Weiterhin nicht gebilligt werden kann auch in Beziehung auf die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme die schon bei der Unmittelbarkeit des Parteivorbringens erörterte Vermischung mit der Mündlichkeit⁵⁵⁾.

Diese Verworrenheit kann dann entstehen, wenn man dem schriftlichen Protokoll des Richterkommissars oder Einzelrichters die mündliche Aussage vor dem erkennenden Gericht gegenüberstellt und somit nicht nach Art

Fortsetzung von Seite 55:

Unklar Klein, Darstellung des Zivilprozesses Oesterreichs, Mannheim 1927, S. 207, zitiert bei Guttman, Preisgabe, a.a.O., S. 50 für die Beweisaufnahme und das Parteivorbringen; "Unmittelbarkeit oder Mittelbarkeit heißt, ob diese Tätigkeiten (d.h. Darlegung des Streitfalles, Wiederaufbau des Sachverhaltes und der Beweis, d. Verf.) sich in Gegenwart des Gerichts und der Parteien vollziehen oder ob bloß mit Fernwirkung operiert wird, Fernwirkung der Parteierklärung wie der Beweisaufnahme, die beide dem Gericht nur mittels der Schrift und hinsichtlich des Beweises meistens gar nur durch ein schriftliches Exzerpt bekannt werden" und das Reichsgericht, Goldt. Arch. 50, 108, das bei unzulässiger Ablehnung eines Beweis-antrages meint, es sei "wider den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweiserhebung gemäß § 260 StPO i.V. § 243 das. verstoßen".

Seite 56:

- 54) Unklar in dieser Richtung R. Schmidt, a.a.O., S. 440, 443 und Maas, a.a.O., S. 4, 8 f., 15.
- 55) S. S. 45 und die dort zitierten Autoren. Es sind auch bei der Beweisaufnahme in Bezug auf Unmittelbarkeit und Mündlichkeit alle Varianten vorstellbar: mündliche Aussage oder schriftliche Bekundung unmittelbar gegenüber dem Gericht oder mittelbar gegenüber dem Richterkommissar oder Einzelrichter.

der Genesis und Art des Transportes der Erklärung differenziert. In diesem Zusammenhang ist der Ausdruck "Mündlichkeit" schon deswegen als zu eng abzulehnen, weil er nur für die Beweismittel zur Charakterisierung herangezogen werden kann, bei deren Aufnahme eine mündliche Erklärung abgegeben wird, also dort, wo das Gericht Aussagen vernimmt, nämlich beim Zeugen-, Sachverständigen- und Parteivernehmungsbeweis, und nicht die übrigen Beweismittel, nämlich Urkunden- und Augenscheinsbeweis, berücksichtigt.

Auch ist die schriftliche Bekundung nicht schon deswegen eine mittelbare, weil sich zwischen Gericht und Aussageperson das Schriftstück als selbständiges Zwischenglied einschieben würde⁵⁶⁾.

Somit ist auch die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme von ihrer mündlichen Durchführung im Falle der Beweisaufnahme durch Aussagenanhörung zu unterscheiden. Ein anderes Problem betrifft daneben die Frage, ob der Gesetzgeber zur Erzielung des bestmöglichen Beweisergebnisses die beiden Grundsätze kombinieren soll.

Abschließend sollen noch zwei Punkte gesondert erwähnt werden.

Zum ersten ist festzustellen, daß sich durch die zur Mittelbarkeit führende Einschaltung einer richterlichen Mittelsperson nichts an dem rechtlichen Charakter des Beweismittels ändert⁵⁷⁾. Zwar liegt dem Gericht

56) So aber v. Kries, ZStW 6, 100 f., 175; ders., a.a.O., Lehrbuch, 345 unten; R. Schmidt, a.a.O., S. 461 unter II; Birkmeyer, a.a.O., S. 460 ("Wenn ein Beweismittel in geschriebener Form vor den Richter tritt, so wirkt es auf letzteren nicht unmittelbar, sondern eben durch Vermittlung der Schrift ein"), Jahn, a.a.O., 24, 27. Eine Ablehnung dieser Auffassung erfolgte für die Unmittelbarkeit des Parteivorbringens auf Seite 45; für die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme gilt nichts anderes.

57) A.A. v. Kries, a.a.O., Lehrbuch, S. 345; zutreffend Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., Anm. I 2 c zu § 355.

bei einer Vernehmung des Zeugen, Sachverständigen oder einer Partei oder der Aufnahme eines Augenscheins- oder Urkundenbeweises durch ein anderes Gerichtsorgan nur eine schriftliche Feststellung dieses Organes vor. Es hat jedoch keine Änderung des Beweismittels dergestalt stattgefunden, daß nunmehr der Richterkommissar oder Einzelrichter als Zeuge schriftlich über die Bekundung des Aussagenden oder den Zustand des Augenscheinsobjektes oder den Inhalt oder Zustand der Urkunde gehört oder sogar ein Urkundenbeweis geführt wird. Dies ergibt sich schon aus der Fassung des Beweisantrittes, nach dem nicht der noch zu benennende Richter N.N. über den Inhalt der vor ihm abzugebenden Aussage der von ihm zu vernehmenden Aussageperson, sondern die Aussageperson als "Zeuge", "Sachverständiger" oder "Partei" gehört werden soll. Es folgt dies auch besonders augenfällig aus § 41 Ziff. 5 für den beauftragten Richter des Zivilprozeßrechts oder allgemein für den Strafprozeß aus § 22 Ziff. 5 StPO, wonach ein Richter in den Sachen, in denen er als Zeuge vernommen wurde, kraft Gesetzes von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen ist.

Zum anderen muß klar dargelegt werden, daß es sich bei der Frage der Unmittelbarkeit oder Mittelbarkeit der Beweisaufnahme im Sinne eines Prinzips der Formgestaltung der Beweiserhebung nur um die richterlichen Protokolle handelt, die in dem in Frage stehenden Rechtsstreit gefertigt wurden. Nicht in Betracht kommen hier z.B. diejenigen Aussagen, die von einem anderen Richter in einem anderen Verfahren und demgemäß unter anderen Gesichtspunkten aufgenommen wurden. Es ist zwar in Rechtsprechung⁵⁸⁾ und Schrifttum⁵⁹⁾, wie unter dem Kapitel

58) BGH in NJW 1960, 862 = ZZP 74, 93 = IM Nr. 4 zu § 355; BGH in ZZP 74, 234 = IM Nr. 6 zu § 355; weiterhin die Rechtsprechung zu § 161, z.B. BGH in NJW 1962, 960.
59) Baumbach-Lauterbach, a.a.O., Anm. 4 B zu § 286 mit weiteren Nachweisen.

über die Durchbrechungen des Grundsatzes der Unmittelbarkeit noch ausführlich darzutun sein wird, unter bestimmten Voraussetzungen anerkannt, daß die Protokolle über Beweisaufnahmen in anderen Verfahren verwertet werden dürfen; dies jedoch nur urkundenbeweislich und nicht per exemplum als Zeugenbeweis. Da das nun erkennende Gericht die Urkunde aber unmittelbar vorliegen hat, steht in diesem Falle die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme außer Frage. Vielmehr wird damit schon das Problem der materiellen Unmittelbarkeit berührt, dessen Behandlung an späterer Stelle erfolgen soll.

bbb. Gesetzliche Regelung

Die Beweisaufnahme muß nach § 355 Abs. 1 S. 1 vor dem Prozeßgericht erfolgen. Deshalb kann diese in dem Titel über "Allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme" enthaltene Norm als Manifestierung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme angesehen werden. Eine Bestätigung des grundsätzlichen Charakters der genannten Vorschrift sind die in den folgenden Titeln über die verschiedenen Beweismittel enthaltenen Bestimmungen, die gemäß § 355 Abs. 1 S. 2 eine abschließende Enumeration der für diese Beweismittel ausdrücklich zugelassenen Ausnahmen darstellen: § 372 Abs. 2 für den Beweis durch Augenschein, § 375 Abs. 1 für den Zeugenbeweis, § 402 und 405 für den Beweis durch Sachverständige und § 434 für den Beweis durch Urkunden.

Daneben ist es gemäß § 349 Abs. 2 S. 2 dem Einzelrichter erlaubt, einzelne Beweise zu erheben.

Nicht ausdrücklich geregelt ist die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme bei einem Wechsel in der Besetzung des erkennenden Gerichts und in der Berufungsinstanz⁶⁰⁾.

ccc. Beurteilung und Zweck der "formellen" Unmittelbarkeit

In der Praxis hört man immer wieder als Argument gegen die vollkommene Durchführung der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, wegen Überlastung der Kollegialgerichte lasse sich die Beweisaufnahme nicht vor diesen durchführen. Auch wird geltend gemacht, die kommissarische Zeugenvernehmung führe, da sie eine ruhigere und deshalb gründlichere Befragung ermögliche, notwendigerweise zu einem höheren Prozentsatz richtiger Entscheidungen. Diese Äußerungen erscheinen bei näherem Hinsehen als vordergründig und können bei genauerem Durchdenken nicht aufrechterhalten werden.

Vielmehr ist festzustellen, daß, wie S t a u d ⁶¹⁾ im Anschluß an die Änderung der Zivilprozeßordnung im Jahre 1935 in einer eingehenden Untersuchung zeigte, die Gerichte bei Einhaltung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme unter anderem wegen einer Verminderung der Zahl der Termine sogar entlastet werden. Diese Entlastung ergibt sich aus dem Zusammenwirken verschiedener Faktoren:

Wird die Beweisaufnahme mittelbar durchgeführt, erleidet das Verfahren eine Zäsur, während der ein anderer

60) Die in diesem Zusammenhang auftauchenden Probleme werden Gegenstand der Erörterung in einem selbständigen Abschnitt sein; deshalb wurde hier nur eine Übersicht gegeben.

61) DJ 1935, 1379 ff., vgl. auch Mes, AnwBl 1970, 333 ff., der in einer Analyse möglicher Prozeßverzögerungsursachen nachweist, daß bei halbjährigen Verfahren ein großer Teil (ca. 40,5 %) der Beweisaufnahmen vor der Kammer durchgeführt wurde, während dies in weit geringerem Maße bei den einjährigen (ca. 14,8 %) und zweijährigen (6,3 %) Verfahren der Fall war.

Gerichtskörper tätig wird. Damit ergibt sich ein zeitlich schleppender Prozeßverlauf⁶²⁾, währenddessen den Parteien Gelegenheit gegeben ist, ständig weitere Beweismittel nachzuschieben. Demgegenüber müssen die Parteien bei einer Beweisaufnahme vor dem Kollegialgericht damit rechnen, daß dieses im Anschluß an die Schlußverhandlung entscheidet, so daß ein wirksames Druckmittel für einen rechtzeitigen Beweisantritt vorliegt. Außerdem entfällt der erneute Vortrag des Ergebnisses der Beweisaufnahme, wodurch eine weitere Zeitersparnis eintritt. Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme führt also zu einer schnelleren Abwicklung des Verfahrens⁶³⁾ und bringt eher eine Entlastung der Kollegialgerichte mit sich.

Die Behauptung, eine mittelbare Beweisaufnahme führe zu richtigeren Ergebnissen, wird von den täglich im Strafprozeß gemachten Erfahrungen widerlegt, wo die in der Voruntersuchung oder den behördlichen Ermittlungen getroffenen Feststellungen sich in der Beweisaufnahme vor dem Gericht oft genug als lücken- oder sogar fehlerhaft herausstellen und erst in der Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung eine zutreffende Sachaufklärung erfolgt.

Auch der Meinung von I s a y⁶⁴⁾, der einer Beweisaufnahme vor dem kommissarischen Richter deswegen Priorität einräumt, weil das Gericht leicht geneigt sei, bei einer langen unmittelbaren Beweisaufnahme der Aussage des zuletzt gehörten Zeugen zu folgen oder die mittelbar erhobenen Beweise gegenüber den unmittelbar aufgenommenen Beweisen in ihrer Bedeutung unberechtigtweise zu

62) Vgl. den Entwurf zur ZPO, 1931, a.a.O., S. 341.

63) Bosch, a.a.O., S. 112 unter c; Entwurf zur ZPO 1931, a.a.O., S. 341; Rosenberg, a.a.O., Entwurf, S. 325; Volkmar, DJ 1936, 72 f..

64) 31. Deutscher Juristentag (Wien) 1912, 3, 928 ff..

diskriminieren, kann nicht zugestimmt werden. Nur weil aus sachlich anzuerkennenden Gründen nicht immer vollkommene Unmittelbarkeit möglich ist, braucht diese nicht insgesamt verworfen zu werden. Dies gilt insbesondere in Anbetracht der die nachteiligen Folgen bedeutend überwiegenden Vorteile.

Unbestritten ist die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme geeignet, die Ermittlung der Wahrheit zu fördern⁶⁵⁾. Wenn man auch nicht mit B o s c h⁶⁶⁾ von der Garantie einer zuverlässigen Sachaufklärung reden kann, ist doch die Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht weit eher geeignet, ein wirklichkeitsgetreues Bild des Tatbestandes zu erreichen als dies die von einem Dritten getroffenen Feststellungen erkennen lassen. "Nur der eigene, nicht durch Protokolle oder mündlichen Bericht vermittelte Eindruck vom Ergebnis der Beweisaufnahme" stellt "eine ausreichende Grundlage für eine gewissenhafte Tatsachenfeststellung" dar. "Nur wer eine Urkunde selbst gesehen hat, kann über ihre Leserlichkeit, ihre Unbeschädigtheit, Vollständigkeit und Echtheit urteilen"⁶⁷⁾.

Das gleiche gilt für den Zustand eines Gegenstandes im Falle des Augenscheins. Hier ergibt sich besonders augenfällig schon aus der Bezeichnung des Beweismittels, daß diesem die Unmittelbarkeit der Wahrnehmung immanent ist. Aber auch für Zeugen-, Sachverständigen- oder Parteivernehmung müssen die gleichen Grundsätze Anwendung finden. Nur wer an der Vernehmung teilgenommen hat, kann die Bekundung ordnungsgemäß beurteilen.

65) Volkmar, DJ 1936, S. 71, erste Spalte; Wach, Beiheft zur ZZP 11 (1879), zitiert bei Guttman, ZZP 55 (1930), S. 44, bezeichnet die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme als einen der stärksten Hebel der Wahrheit und damit der Gerechtigkeit; zum Folgenden vergl. weiterhin dens., a.a.O., S. 9, 30, 65, 80, 137 und in ZZP 55 (1930), S. 55; Bosch, a.a.O., S. 111 f., Peters, Freibeweis, a.a.O., S. 102 und Rosenberg ZZP 57, 185 ff. sowie den Entwurf zur ZPO 1931, a.a.O., S. 282, 341.

66) A.a.O., S. 111

67) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., Anm. I 2 zu § 355.

Besondere Effektivität erlangt die unmittelbare Durchführung der Beweisaufnahme hinsichtlich der Aussagepersonen allerdings erst in Verbindung mit der Mündlichkeit. Nur dann waren die für die spätere Beweiswürdigung fast regelmäßig zu verwertenden Imponderabilien, der lebendige Eindruck der Zeugenpersönlichkeit usw.⁶⁸⁾, Gegenstand des richterlichen Intellekts und sind bei der Urteilsfindung allen Richtern gegenwärtig.

Mit der Ausschaltung der Mittelbarkeit entfällt auch die Anzahl der Gefahren, die von der Zwischenschaltung eines anderen Gerichts in bezug auf die naturgetreue Wiedergabe der Aussage des Zeugen⁶⁹⁾, Sachverständigen oder der Partei oder der ebenso genauen Feststellung des Zustandes des Augenscheinsobjektes oder des Inhaltes und/oder Zustandes der Urkunde hervorgerufen werden. Auch können Unklarheiten und falsche Ausdrucksformen sofort richtiggestellt werden, die Richter weitere Fragen stellen und die Beziehungen der Aussageperson zu den Parteien aufgedeckt werden. Das hat aber zur Folge, daß eine größere Anzahl von Entscheidungen richtig werden, wodurch die Rechtsmittelinstanzen weniger in Anspruch genommen werden und der Richter persönlich in seinem Berufe größere Befriedigung findet.

Demgegenüber hat der ersuchte Richter kein Interesse an einer eingehenden Sachaufklärung, da er das Urteil nicht fällen muß. Notwendigerweise fragt er auch auf Grund der beschränkten Kenntnis des Beweisthemas so unvorsichtig, daß die Aussageperson sich orientieren kann. Damit entfällt weiterhin die Möglichkeit,

68) S.o.S. 40.

69) Allgemein zur Gefahr der Verfälschung von Zeugen - aussagen durch die richterlichen Feststellungen im Protokoll vgl. Scheuerle, ZZP 66, 306 ff..

dem Aussagenden Vorhaltungen zu machen. Ferner ist es nicht möglich, verschiedene Zeugen oder Zeugen und Parteien gegenüberzustellen.

Ein weiterer Vorzug der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme ist die leichtere Bekämpfung der Prozeßlüge⁷⁰⁾. Die Atmosphäre der unmittelbaren Beweisaufnahme mit der Möglichkeit der Gegenüberstellung und des Ausgesetztseins der richterlichen Fragen hält die Aussageperson bedeutend mehr zur Wahrheit an, als wenn sie in der Anonymität der Zeugen- oder Parteiexistenz agieren könnte. Hieraus resultiert eine Verminderung der Prozesse, die ansonsten im Vertrauen darauf geführt würden, daß im mittelbaren Verfahren eine Aufdeckung des wahren Sachverhaltes unterbleiben könnte.

Sodann ist noch ein weiterer, allerdings nur für den ersuchten Richter geltender prozeßökonomischer Gesichtspunkt zu erwähnen. Mittelbarkeit der Beweisaufnahme führt nämlich insoweit zu einer Mehrbelastung des Gerichts, als sich der ersuchte Richter - wenn auch nur kurz - einarbeiten muß, sei es auch nur, um zum Zwecke der Terminierung den Umfang der Beweisaufnahme zu ersehen.

Abgeschlossen werden soll die Darstellung des Zweckes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme mit einer überzeugenden Erwägung des Gesetzgebers⁷¹⁾: "Wenn man bestimmte Arten von Prozessen deshalb vor die Kollegial-

70) So ausdrücklich der Entwurf zur ZPO 1931, a.a.O., S. 341, unter Hinweis auf die verminderte Peinlichkeit, wenn das Vorbringen sich erst nach einiger Zeit aufgrund von Protokollen als falsch herausstellt, wobei dann immer noch die oft genutzte Möglichkeit besteht, Ausdrücke des Protokolls im Sinne des eigenen Vorbringens auszulegen.

71) Entwurf der ZPO 1931, a.a.O., S. 342.

gerichte bringt, weil diese die größere Gewähr für eine gute Rechtsprechung liefern, so ist es nur folgerichtig, wenn man das Kollegium soweit als möglich an dem wichtigsten und oft schwierigsten Teil aller Richtertätigkeit, der Feststellung des Sachverhaltes, mitwirken läßt".

Diesen beachtlichen Vorteilen der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme stehen nur wenige Nachteile gegenüber. Nicht zugestimmt werden kann G u t t m a n n ⁷²⁾, der als gefährlich ansieht, daß der Richter wegen der Lebhaftigkeit der Eindrücke dazu verführt werde, die Beweisaufnahme schnell abzuschließen und der sich im Nachteil befindenden Partei keine Zeit für neue Beweisangebote zu lassen; schon in der auf die Beweisaufnahme gemäß § 285 notwendig folgenden Schlußverhandlung ist hierzu Gelegenheit gegeben.

Dagegen kann eine mittelbare Beweisaufnahme der Aussageperson oder dem Gericht Zeitvorteile ermöglichen und den Parteien Kosten ersparen.

Ausnahmsweise kann auch die Gefahr des Verlustes oder der Beschädigung von unmittelbar dem erkennenden Gericht vorgelegten Urkunden⁷³⁾ aktuell werden.

Damit kann uneingeschränkt den Feststellungen des Kommissionsberichtes⁷⁴⁾ gefolgt werden: "Gegenüber der Bedeutung, die die unmittelbare Beweisaufnahme für eine gerechte Entscheidung hat, wiegen die möglichen Nachteile einer strengen Durchführung dieses Grundsatzes gering."

72) A.a.O., S. 137.

73) Hegler, Der Rechtsgang, Band II (1916), S. 273 f..

74) Bericht, a.a.O., S. 241.

bb. Unmittelbarkeit als Prinzip der Möglichkeit der Beweismittel

aaa. Inhalt des Grundsatzes

Das Problem der materiellen Unmittelbarkeit des Beweises ist noch mehr als die formelle Unmittelbarkeit dogmatisch vernachlässigt. Es beruht auf der Erkenntnis, daß der Beweis einer bestimmten bestrittenen Tatsache durch verschiedene Beweismittel geführt werden kann. So kann das Gericht von dem Wissen eines Zeugen durch Vernehmung des Zeugen, schriftliche Befragung des Zeugen, Vernehmung eines Zeugen vom Hörensagen oder Beiziehung von Protokollen über eine frühere gerichtliche oder behördliche Vernehmung in einem anderen Verfahren Kenntnis nehmen⁷⁵⁾. Die Unmittelbarkeit des Beweises betrifft dann die Frage, ob von mehreren möglichen⁷⁶⁾ - gesetzlichen⁷⁷⁾ - Beweismitteln nur jene zulässig sind, "die ihrem Inhalt nach die Erkenntnis der erheblichen Tatsachen am unmittelbarsten ermöglichen"⁷⁸⁾, weil sie typischerweise⁷⁹⁾ die zuverlässigsten sind, oder ob

75) Damit ist nicht gesagt, daß alle diese Beweisaufnahmen zeugenbeweislich zu behandeln sind; es sollen hier nur die verschiedenen Möglichkeiten aufgezeigt werden.

76) Ausgeklammert sind damit die Fälle, wo ein besseres Beweismittel nicht erreichbar ist. Der Grundsatz der materiellen Unmittelbarkeit beinhaltet also "keineswegs ein absolutes Verbot der minder zuverlässigen Beweismittel, sondern nur ein Gebot, die besser möglichen zu bevorzugen, sofern nicht, was immer zulässig ist, alle Beweismittel zusammen benutzt werden. Wenn die besseren Beweismittel nicht erreichbar sind, ist es nicht nur zulässig, sondern durch die Sachaufklärungspflicht sogar geboten, wenigstens das minder zuverlässige Beweismittel zu benutzen", Kollhosser, a.a.O., S. 177 f., Anm. 117 für den Strafprozeß.

77) Es geht somit nicht um die Zulässigkeit gesetzlich nicht fixierter Beweismittel (das ist eine Frage des Streng- bzw. Freibeweises), sondern um die Priorität verschiedener im Gesetz anerkannter Beweismittel bezüglich desselben Beweisthemas.

78) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., Anm. I 3 zu § 355.

79) Im Einzelfall kann wegen der besseren Konservierung

die nicht sachnahen Beweismittel wegen genereller Minderwertigkeit zurückgewiesen werden müssen.

Hierbei ist klarzustellen, daß der Begriff der "Sachnähe" nicht von der Art des Beweismittels her bestimmt werden kann; diese kann bei jedem der einzelnen Beweismittel gegeben sein. Vielmehr muß auf die nähere oder entferntere bzw. direkte oder indirekte Beziehung des Beweismittels zu dem Beweisthema abgestellt werden, wobei jede Einschaltung eines Gliedes zwischen Beweisthema und Beweismittel zur materiellen Mittelbarkeit führt.

bbb. Regelung der Zivilprozeßordnung

Das geltende Zivilprozeßrecht enthält keine Normen, die ausdrücklich die materielle Unmittelbarkeit bestimmen. § 355 läßt sich hierfür nicht anführen, da dieser expressis verbis nur die formelle Unmittelbarkeit postuliert, diese jedoch keine *conditio sine qua non* der materiellen Unmittelbarkeit darstellt⁸⁰⁾. Dagegen findet sich in der Zivilprozeßordnung eine Reihe von Normen, die gegen Annahme eines solchen Grundsatzes sprechen, indem sie ausdrücklich oder dem Sinne nach erlauben, daß anstelle der Vernehmung eines Zeugen über bestimmte Tatbestände Urkunden vorgelegt werden können, in denen die-

Fortsetzung zu Seite 66:

der Beweistatsachen hiervon eine Abweichung gerechtfertigt sein. So erwähnt Kollhosser, a.a.O., S. 176, Anm. 116, die nach einiger Zeit gegenüber der Vernehmung des Kindes als Zeugen sinnvollere Vernehmung der Mutter als Zeugin vom Hörensagen.

Seite 67:

- 80) Auch diese beiden Grundsätze können exakt geschieden werden; die autonome Relevanz jedes Prinzipes wird am deutlichsten im Falle der Aussage des Zeugen vom Hörensagen (= materielle Unmittelbarkeit) vor dem erkennenden Gericht (= formelle Unmittelbarkeit).

se Tatbestände niedergelegt sind⁸¹⁾.

Ein treffendes Argument gegen eine materielle Unmittelbarkeit der Beweismittel ist § 286 zu entnehmen. Hiernach hat das Gericht nach freier Überzeugung über die Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsachenbehauptung zu entscheiden (§ 286 Abs. 1); dabei ist das Gericht an die gesetzlichen Beweisregeln nur in den in der Zivilprozeßordnung genannten Fällen gebunden (§ 286 Abs. 2). Dieser freien Beweiswürdigung widerspräche ein Grundsatz der bezeichneten Art, da wegen der Nichtverwertbarkeit des mittelbaren Beweismittels eine negative Beweisregel proklamiert würde, die mangels gesetzlicher Bestimmung das Recht des Gerichts auf freie Beweiswürdigung restringierte.

Auch praktische Überlegungen lassen einen Ausschluß indirekter Beweismittel als nicht geraten erscheinen. Dies gilt in besonderem Maße für einen absoluten Ausschluß dort, wo das Beweismittel nicht oder nicht mehr verfügbar ist⁸²⁾, aber auch bei einem relativen Ausschluß im Falle der Überlegenheit des indirekten Beweismittels⁸³⁾.

81) Vgl. z.B. §§ 314, 415, 418 Abs. 1 i.V.m. 418 Abs. 3, 435, 706, 142.

82) Z.B. der Zeuge gestorben, die Urkunde vernichtet ist.

83) Vgl. den oben erwähnten Fall der Vernehmung der Mutter anstelle des Kindes, s. S. 67, Anm. 79.

Der Zivilprozeßordnung ist somit der Grundsatz der materiellen Beweisunmittelbarkeit fremd⁸⁴⁾. Eine andere Frage ist es, ob mit Rücksicht auf vorliegende indirekte Beweismittel die beantragte Beweisaufnahme bezüglich eines unmittelbaren Beweises entfallen kann⁸⁵⁾ oder welcher Beweiswert dem indirekten Beweismittel zukommt; daß dieser geringer sein kann als der eines unmittelbaren Beweismittels, ist im Rahmen der freien Beweiswürdigung nach § 286 zu berücksichtigen.

-
- 84) Vgl. Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., Anm. I 3 zu § 355; A.a. v. Kries, 6, 118, der allerdings Ausnahmen macht, und - mit erheblichen Einschränkungen - Planck, a.a.O., II. Band, S. 166 f.; vgl. auch das Bundesarbeitsgericht in AuR 1969, 61, das Beweise vom Hörensagen generell für unzulässig erklärt. Allgemein sieht Svarez, zitiert bei Guttmann, a.a.O., S. 87, die Forderung nach einer Wahrheitsforschung auf dem nächsten und besten Weg als Inbegriff der ganzen Prozeßordnung und Grundprinzip jeder Prozeßform an.
- 85) Dagegen Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., Anm. 3 zu § 355; in diesem Sinne Hegler, Der Rechtsgang, Band II (1916), S. 315.

ccc. Zweck

Die ratio des Ausschlusses läge in der Annahme der generellen Minderwertigkeit des indirekten Beweismittels gegenüber den direkten Beweismitteln.

5. Kapitel

Berührungspunkte mit anderen Prinzipien des Verfahrensrechts

I. Vorbemerkung

Gegenstand dieses Abschnittes soll eine Darstellung weiterer¹⁾ Verfahrensgrundsätze sein, die zu der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in einem mehr oder weniger engen Affinitäts- oder sogar Relativitätsverhältnis stehen. Auch anhand dieser Komplementärprinzipien wird sich später abschätzen lassen, ob Durchbrechungen des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme zugelassen werden können oder ihnen eventuell eine aus verschiedenen Prinzipien integrierte ratio entgegensteht.

In Betracht kommen der Grundsatz der Einheit der mündlichen Verhandlung (II), das Prinzip des gesetzlichen Richters (III), der Anspruch auf rechtliches Gehör (IV) und der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (V).

II. Der Grundsatz der Einheit der mündlichen Verhandlung

Abgesehen von wenigen Ausnahmen sind Rechtsstreitigkeiten nicht nach einer mündlichen Verhandlung entscheidungsreif. Während die Strafprozeßordnung für diesen Fall bestimmt, daß in der Regel das Verfahren von neuem begonnen werden muß (§§ 226, 229 StPO), orientierte sich die Zivilprozeßordnung am französischen Prozeß und entschied sich dafür, daß einerseits die Parteien ihr Vorbringen

1) Für die Mündlichkeit geschah dies aus den schon erwähnten Gesichtspunkten bereits im vorhergehenden Kapitel.

bis zum Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, vorbringen können, andererseits das in einem früheren Termin zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung Erklärte wirksam bleibt²⁾.

Man spricht deshalb von dem Grundsatz der Einheit der mündlichen Verhandlung, für dessen Existenz der Wortlaut des § 286 (Inhalt d e r Verhandlung e n ") angeführt werden kann und der hinsichtlich der Möglichkeit des Parteivorbringens in den auf den §§ 278 Abs. 1 und 283 Abs. 1 beruhenden Grundsatz der Einheitlichkeit oder Unteilbarkeit der mündlichen Verhandlung³⁾ und bezüglich des Fortbestandes des einmal Vorgetragenen in den als arg. e contr. aus der strafprozessualen Regelung zu folgernden Grundsatz der Gleichwertigkeit aller mündlichen Verhandlungen geschieden werden kann⁴⁾.

2) Blomeyer, a.a.O., S. 100, 254; Nikisch, a.a.O., S. 291; Stein-Jonas-Pohle, a.a.O., Anm. IV 1 zu § 128; vgl. auch Baumbach-Lauterbach, a.a.O., Übersicht 2 B vor § 253.

3) Siehe hierzu die Motive, a.a.O., S. 128 f., die Verhandlung dürfe nicht "in Stadien zerlegt und für diese eine feste Reihenfolge festgelegt werden".

4) Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 387 f.; unklar Baumbach-Lauterbach, a.a.O., Anm. 1 zu § 278. Der Grundsatz der Gleichwertigkeit aller mündlichen Verhandlungen folgt auch aus den Vorschriften, die ein Zurückweisen eines Vorbringens in einem weiteren Termin als verspätet erlauben (§§ 279, 279 a, 283 Abs. 2): Dies setzt voraus, daß die Parteien schon in einem früheren Termin mit Wirksamkeit für den späteren Termin Prozeßhandlungen vornehmen konnten. Gegen die Außerachtlassung dieses Grundsatzes im Versäumnisverfahren (§ 332) auch in einem späteren Termin de lege ferenda Nikisch, a.a.O., S. 297 und Lent, a.a.O., S. 201 unter Hinweis auf das aus den vorhergehenden Verhandlungen und Beweisaufnahmen schon vorliegende Prozeßergebnis, so daß das Gericht eine Entscheidung gegen seine Überzeugung fällen müsse; dagegen Blomeyer, a.a.O., S. 260, der zu Recht einwendet, man könne eine Partei nicht daran hindern, den Prozeß durch Fernbleiben aufzugeben.

Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme kann mit dem letztgenannten Grundsatz der Gleichwertigkeit aller mündlichen Verhandlungen in Konnex treten. Ist diesem, wie unwidersprochen behauptet wird⁵⁾, auch die Fortgeltung einmal aufgenommener Beweisaufnahmen inhärent, so kann auch bei einer Mehrzahl von Terminen mit bei den Prinzipien Kongruenz gegeben sein; dies setzt allerdings voraus, daß bei allen Terminen das Gericht in der gleichen Besetzung agiert, da es nicht *conditio sine qua non* der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme ist, daß in unmittelbarem Anschluß an die Schlußverhandlung der Parteien entschieden wird, sondern diesem Grundsatz durch die gleichbleibende Besetzung der Richterbank mit der des beweisaufnehmenden Gerichtsorgans genügt wird. In diesem Sinne können jedoch Antinomien bei einem Wechsel des Gerichts entstehen, sei es, daß ein Richter innerhalb der Instanz ausscheidet oder der Devolutiveffekt eines Rechtsmittels einen solchen herbeiführt. Ob auch in diesen Fällen die Beweisaufnahmen fortwirken und bei der Entscheidung ohne weiteres berücksichtigt werden können, erscheint fraglich. Eine Erörterung dieses Problems soll jedoch erst an späterer Stelle im Zusammenhang mit verwandten Problemen des Richterwechsels erfolgen.

III. Das Prinzip des gesetzlichen Richters

Die Bestimmungen über die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme können auch mit dem Grundrecht auf den gesetzlichen Richter in ein Spannungsverhältnis treten.

Nach Artikel 101 Abs. 1 S. 2 GG darf niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Der gleichlautende, bis heute fortgeltende § 16 GVG des Jahres 1877 erhielt damit Verfassungsrang, der ihm auch schon durch

5) Vgl. z.B. Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 387; Stein-Jonas-Pohle, a.a.O., Anm. IV 3 zu § 128.

Artikel 105 WRV zugesprochen worden war⁶⁾. Gesetzlicher Richter im Sinne dieser Verfassungsnormen ist der Richter, der von vornherein für eine Vielzahl von Fällen durch ein Gesetz zur Verwirklichung des einen gesetzli- chen Tatbestand bildenden Sachverhalts festgelegt ist⁷⁾. "Gesetz" ist damit jeder Rechtssatz, der generell-ab - strakt den für den Einzelfall maßgeblichen Richter be - stimmt. Dazu gehören auch alle zuständigkeitsordnenden zivilrechtlichen Bestimmungen, also die Vorschriften über die Rechtswegabgrenzung, die sachliche, örtliche und - hier maßgeblich - funktionelle Zuständigkeit⁸⁾, die das Gericht als organisatorische Einheit oder das er - kennende Gericht als Spruchkörper betreffen⁹⁾, so daß die Einhaltung der Bestimmungen über die Zuständigkeit des Gerichts, Vorsitzenden, Einzelrichters oder Richter - kommissars¹⁰⁾ verfassungsmäßig geboten ist. Jede Be -

6) In § 6 Abs. 1 MRK wird der gesetzliche Richter völ - kerrechtlich garantiert.

7) Maunz, a.a.O., S. 268.

8) Blomeyer, a.a.O., S. 26 f.; die funktionelle Zustän - digkeit ist von der sachlichen Zuständigkeit zu un - terscheiden: Während erstere die verschiedenen Rechts - pflegefunktionen in derselben Sache an verschiedene Rechtspflegeorgane verteilt, und die Funktionen des einen Organs von denen des anderen mit derselben Sache befaßten Organs abgrenzt, verteilt die sachliche Zu - ständigkeit nach dem Gegenstand des Streits die ver - schiedenen Rechtsstreite unter funktionell gleichar - tigen Organen; vgl. hierzu Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 124 f..

9) BVerfG, Beschluß vom 24. 3. 1964, E 17, 294 = NJW 1964, 1020; Beschluß vom 3. 2. 1965, E 18, 344 = NJW 1965, 1219; Beschluß vom 18. 5. 1965, E 19, 52 = NJW 1965, 2291.

10) Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 124, erwähnen nur den beauftragten Richter. Für die Beweisaufnahme kommt Artikel 101 Abs. 1 S. 2 GG jedoch auch für den er - suchten Richter die gleiche Bedeutung zu, mag dieser auch nicht dem letzten Endes erkennenden Gericht an - gehören: Der ersuchte Richter ist neben diesem ein funktionell eigenständiges, durch eine generell-ab - strakte Rechtsnorm bestimmtes Rechtspflegeorgan.

weisaufnahme, die unter Verletzung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme von einem gesetzlich nicht bestimmten Organ durchgeführt wird, indem die Beweisaufnahme auf einen Einzelrichter oder Richterkommissar delegiert wird, obwohl sie, da keine der Ausnahmebestimmungen ein solches Verfahren rechtfertigt, vor dem vollbesetzten Gericht hätte durchgeführt werden müssen, stellt somit zugleich einen Verstoß gegen das Grundrecht des gesetzlichen Richters dar.

Hiergegen kann nicht eingewandt werden, die Entscheidung treffe letzten Endes doch das gesetzlich zuständige Gericht. Das Urteil ergeht faktisch auf Grund der mündlichen Verhandlung und der Beweisaufnahme, welcher infolge ihres meist prozeßentscheidenden Charakters maßgebliche Bedeutung zukommt. Nach dem Wortlaut des § 313 Abs. 1 S. 3 muß das Urteil zwar nur "eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien" enthalten. Hieraus kann jedoch nicht gefolgert werden, das Urteil beruhe nur auf dem mündlichen Vortrag der Parteien. Unstreitig muß nach neuerer Ansicht im Anschluß an das Verteidigungsvorbringen des Beklagten auch eine Darstellung einer eventuellen Beweisaufnahme und ihres Ergebnisses in tatsächlicher Hinsicht folgen¹¹⁾, um den Parteien die sachlichen Grundlagen für die in den Entscheidungsgründen vorzunehmende Beweismwürdigung darzulegen. Vielmehr werden, wie bei der Darstellung der Beweisaufnahme erörtert¹²⁾, schon bei

11) Sattelmacher, a.a.O., S. 186; Thomas-Putzo, a.a.O., Anm. IV B 6 zu § 313; Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 277; in der Praxis wird die Darstellung meist durch eine gemäß § 313 Abs. 2 zulässige Bezugnahme auf die zum Sitzungsprotokoll erfolgten Feststellungen ersetzt; die einzige gegenteilige Meinung wurde von Blomeyer, Karl, Zur Lehre vom Tatbestand im Zivilurteil, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, sechster Band, Berlin und Leipzig, 1929, S. 309 ff., 325 ohne weitere Begründung vertreten.

12) S.o.S. 21.

dieser die Voraussetzungen der Entscheidungsfällung geschaffen. An dem Urteil kann jedoch nur derjenige mitwirken, der hierzu die erforderlichen Voraussetzungen besitzt. Deshalb hat grundsätzlich das vollbesetzte Gericht auch die für die Entscheidungsfällung erforderlichen Tatsachen festzustellen, um dem Grundrecht des gesetzlichen Richters zu genügen.

Die Rechtsprechung kann ihrem Verfassungsauftrag nur dann ordnungsgemäß nachkommen, wenn sie nach einem abgewogenen Organisationsschema handelt, das unter Berücksichtigung personeller und sachlicher Gegebenheiten und rationeller Erfordernisse eine optimale Leistung ermöglicht¹³⁾. Hierzu hat der Gesetzgeber die entsprechenden Rechtsinstitute zur Verfügung zu stellen. Er hat diese Zweckerreichung für die Beweisaufnahme durch die Schaffung der Rechtsinstitute des Einzelrichters und des Richterkommissars ermöglicht. Anzuknüpfen ist sodann an den schon erwähnten Gedanken des Gesetzgebers¹⁴⁾, daß es, wenn man schon bestimmte Arten von Rechtsstreitigkeiten deshalb vor die Kollegialgerichte bringt, weil diese die größere Gewähr für eine gute Rechtsprechung und damit optimale Leistung bieten, nur folgerichtig ist, wenn man das Kollegium soweit als möglich an dem wichtigsten und schwierigsten Teil der Richtertätigkeit, nämlich der Feststellung des Sachverhaltes, mitzuwirken zwingt.

Diese Interpretation des Grundrechtes auf den gesetzlichen Richter unter Einbeziehung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme ist auch von dem Schutzzweck der Verfassungsnorm gedeckt. Artikel 101 Abs. 1 S. 2 GG soll der Gefahr vorbeugen, daß die Rechtsprechung sachfremden Einflüssen ausgesetzt wird.

13) Dinslake, NJW 1965, 1221.

14) Vgl. Entwurf, a.a.O., S. 342.

Er entstammt dem Zeitalter der Aufklärung und war in erster Linie gegen das Unwesen der Kabinettsjustiz¹⁵⁾ gerichtet. Dementsprechend vertrat der Bundesgerichtshof zunächst die Auffassung, Artikel 101 Abs. 1 S. 2 GG sei nur gegen Eingriffe der vollziehenden Gewalt oder des Gesetzgebers gerichtet, nicht jedoch die der rechtsprechenden Gewalt selbst¹⁶⁾. Artikel 101 Abs. 1 S. 2 GG läßt jedoch eine Einschränkung der von dem Bundesgerichtshof vorgenommenen Art nicht erkennen. Daneben ist selbstverständlich, daß auch Einflußnahmen der Justizorgane selbst nicht stattfinden, insbesondere nicht im Einzelfall durch die ausgewählte Besetzung des Gerichts ad hoc die Ergebnisse der Entscheidung beeinflußt werden sollen. Auf den Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 24. März 1964¹⁷⁾ hin, der den Schutz des Artikel 101 Abs. 1 S. 2 GG unter dem Gesichtspunkt, es sei gleichgültig, von welcher Seite die Manipulierung ausgehe, auch auf Maßnahmen der rechtssprechenden Gewalt selbst erstreckte, gab der Bundesgerichtshof deshalb zu Recht seinen gegen teiligen Standpunkt auf^{17 a)}. Damit ist unstreitig, daß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG den Schutz der Rechtsprechung vor unlauteren Maßnahmen seitens Legislative, Exekutive und Judikatur selbst bezweckt.

15) Vgl. Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., Vorbe-
merkung VI 1 zu § 300.

16) BGHZ 20, 356.

17) BVerfGE 17, 294 = NJW 1964, 1020.

17a) NJW 1965, 1434 f..

Auf die Beachtung dieses Grundrechtes hat der Rechts - suchende auch einen Anspruch. Es kann sich daher auf die Rechte aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG jeder berufen, der nach den einschlägigen Prozeßnormen einen Rechts - streit führen kann¹⁸⁾.

IV. Der Anspruch auf rechtliches Gehör

Der Anspruch auf rechtliches Gehör¹⁹⁾ wird verfassungs - rechtlich gewährt durch Art. 103 Abs. 1 GG. Daneben ent - hält die Zivilprozeßordnung mehrere Vorschriften, denen dieser Grundsatz inhärent ist²⁰⁾. Obwohl Art. 103 Abs. 1 GG unmittelbar im Zivilprozeßrecht gilt, tritt doch kei - ne Kollision der beiden Regelungen ein; vielmehr er - langt Art. 103 Abs. 1 GG dort eine eigenständige Bedeu - tung, wo zivilprozessual das Gehör nicht gewährt ist, wogegen die zivilprozessualen Regelungen das Gehör je nach " der inneren Sachgerechtigkeit der einzelnen Ver - fahrensart²¹⁾ konkretisiert²²⁾.

-
- 18) Schmidt - Bleibtreu - Klein, a.a.O. Randnr. 8 zu Art. 101 GG; vgl. auch BVerfGE, 3, 363; 17, 299; 18, 344, 447, wo dargelegt wird, daß es gleichgültig sei, ob es sich um eine natürliche oder juristische Person, um einen Deutschen oder einen Ausländer han - dele.
- 19) Vgl. hierzu neuerdings die sehr ausführlichen Über - legungen von Kollhossner, a.a.O. S. 80 ff., und Gruns - ky, a.a.O., S. 194 ff., jeweils mit weiteren Hinwei - sen.
- 20) Z.B. die §§ 136-139 141, 337, 510 c, 551 Nr. 5, 579 Abs. 3, 1034, 1043, 1044.
- 21) BVerfGE, 9, 95.
- 22) Bedenklich ist es deswegen, wenn Stein-Jonas-Pohle, a.a.O., Anm. XI 1 vor § 128, für den Zivilprozeß zwei selbständige grundsätzliche Ansprüche auf rechtli - ches Gehör anerkennen, der eine aus der Zivilprozeß - ordnung, der andere aus dem Grundgesetz hergeleitet. Ihre Begründung, der zivilprozessuale Anspruch habe sich schon vor Inkrafttreten des Grundgesetzes ent - wickelt, ist nicht stichhaltig, da die Zivilprozeß - ordnung den Grundsatz nicht besonders ausspricht;

Demzufolge hat sich das Bundesverfassungsgericht bei der Kommentierung des Art. 103 Abs. 1 GG von der Erkenntnis leiten lassen, das geltende Prozeßrecht gewährleiste das rechtliche Gehör zwar weitgehend, aber doch nicht immer in ausreichendem Maße und hat deshalb Art. 103 Abs. 1 GG sowohl für die Auslegung des geltenden Verfahrensrechts herangezogen als auch unmittelbar aus diesem Grundrecht Anhörungspflichten hergeleitet²³⁾.

Der Inhalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör besteht in der Gewährung der Gelegenheit zur Äußerung vor Erlaß der Entscheidung zu allen wesentlichen Sach- und Rechtsfragen. Hierzu gehört der Vortrag von Behauptungen einschließlich des Antritts von Beweisen; auch ist die Stellungnahme zu dem tatsächlichen Vortrag des Gegners und den Ergebnissen der Beweisaufnahme garantiert²⁴⁾. Damit ist dem Grundgedanken des Art. 103 Abs. 1 GG, wonach in der Regel eine Entscheidung erst nach Gewährung der Gelegenheit zur Äußerung erlaubt ist, abschließend genügt.

Fortsetzung von Seite 78:

vgl. weiter zur Berechtigung der historisch teleologischen Auslegung des Bundesverfassungsgerichts, für die insbesondere BVerfGE 17, 356 = NJW 1964, 1412 beispielhaft ist, Kollhosser, a.a.O., S.80 ff., 83; dort auch gegen die von Schlosser, Gestaltungsclagen, a.a.O., S. 179 vertretene finale Interpretation des Art.103 Abs. 1 GG unter Bezug auf die Gesetzesmaterialien.

Ohne rechtliche Bedeutung ist in dem hier in Frage stehenden Zusammenhang, ob Art.103 Abs. 1 GG auf dem Grundprinzip der Würde des Menschen (Art.1 Abs.1S.1 GG) begründet ist; so Rosenberg-Schwab, a.a.O., S.393, dagegen Blomeyer, a.a.O., S. 73 f. unter Bezugnahme auf Ule, Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht, DVBl 1959, 537, 549; unstreitig ist der Anspruch auf rechtliches Gehör jedenfalls in dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes begründet; vgl. BVerfGE 1, 347, 429; 7, 278; 9, 98; Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 394; Stein-Jonas-Pohle, a.a.O., Vorbem. IX 1, bei Nr. 60, zu § 128; weitere Anhänger beider Meinungen bei Kollhosser, a.a.O., S. 91, Anm.37 und S. 92, Anm.40.

Seite 79:

23) BVerfGE 6,12; 7,95,98 und BVerfGE in NJW 1958,2011.

24) Rosenberg-Schwab, a.a. O., S. 394.

Das Grundrecht auf rechtliches Gehör umfaßt also prinzipiell keine bestimmten Beweisregeln und damit auch nicht das Recht auf unmittelbare Durchführung der Beweisaufnahme²⁵⁾.

Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht²⁶⁾ in seinem Beschluß vom 18. September 1952 die Verfassungsbeschwerde eines strafrechtlich Verurteilten, die sich unter anderem darauf stützte, daß Protokolle eines früheren Verfahrens verlesen worden waren, verworfen. In den Entscheidungsgründen führt das Bundesverfassungsgericht jedoch weiterhin aus, eine Verfassungsbeschwerde könne dann Erfolg haben, wenn die Verletzung des - in der Strafprozeßordnung in den §§ 250, 251 geregelten - Rechtes auf unmittelbare Beweisaufnahme derart schwerwiegend wäre, daß hierdurch der rechtsstaatliche Charakter des Verfahrens ernstlich beeinträchtigt würde.

Damit ist, wie B o s c h²⁷⁾ in seiner engagierten Schrift über die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme zu - treffend ausführt, vom höchsten Gericht der Bundesrepublik Deutschland anerkannt, daß Fälle denkbar sind, in denen durch Verletzung des Unmittelbarkeitsprinzips sogar gegen ein Prinzip unserer Verfassung verstoßen wird. Ihm muß beigeplichtet werden in dem Wunsch, "daß eines Tages auch vom Bundesverfassungsgericht einmal diese systematische, nun ein Jahrhundert hindurch praktizierte Grund s a t z verletzung unter dem Aspekt der Rechtsstaatlichkeit (Art. 20 Abs. 3 GG) als Grund r e c h t s verletzung qualifiziert wird".

25) ~~Sein~~-Jonas-Pohle, a.a.O., Vorbem. IX 2 c bei Nr.100 zu § 128.

26) BVerfGE 1, 418, 429.

27) A.a.O., S. 122 f..

V. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung

Nach der im Mittelalter entwickelten Lehre von den Vermutungen in einem legalen Beweissystem²⁸⁾ war dem Richter in der Bewertung des Inhalts der Parteiverhandlungen und des Ergebnisses der Beweisaufnahmen nur ein geringer Spielraum eingeräumt. Nach der Einführung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung im Strafverfahren verlangte man, "auch in dem Civilprozeßverfahren den Richter bei Beurteilung der Tatfrage von den gesetzlichen Fesseln zu befreien", und zwar mit einer solchen Entschiedenheit, "daß eine für das Deutsche Reich bestimmte Prozeßordnung, wenn sie sich nicht dem Vorwurf des Rückschritts aussetzen will, genötigt ist, sich der auf Beseitigung der gesetzlichen Beweisregeln gerichteten Bewegung anzuschließen"²⁹⁾.

Gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 3 EGCPo wurden alle Vorschriften außer Geltung gesetzt, nach denen unter bestimmten Voraussetzungen eine Tatsache als mehr oder minder wahrscheinlich anzunehmen war. Nunmehr hatte das Gericht entsprechend § 286 Abs. 1 S. 1 "unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei"³⁰⁾. An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nach Abs. 2 der genannten Bestimmung nur in den in der Zivilprozeßordnung bezeichneten Fällen gebunden.³¹⁾.

28) Vgl. Hedemann, a.a.O., S. 64 f..

29) Vgl. Entwurf einer Civil-Prozeß-Ordnung, a.a.O., S. 474.

30) Sperrung vom Verfasser.

31) Vgl. hierzu Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., Anm. IV zu § 286; allgemein zur Beweiswürdigung siehe Blomeyer in den Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Teil 2 A, S. 13 ff..

Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung besagt, daß sich der Richter bei der Frage des Beweises einer Tatsache mit einem jeden vernünftigen Zweifel ausschließenden Grad von Wahrscheinlichkeit zufrieden geben muß³²⁾, da ein solcher für das praktische Leben allein brauchbarer Grad von Wahrscheinlichkeit als Wahrheit zu gelten hat und das Bewußtsein des Richters von dem Vorliegen einer derart ermittelten hohen Wahrscheinlichkeit als die Überzeugung von der Wahrheit anzusehen ist³³⁾. Diese Überzeugungsbildung ist nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes neben der Berücksichtigung des Inhaltes der Verhandlungen beschränkt auf die Ergebnisse einer etwaigen Beweisaufnahme. Der Richter darf insoweit also nur die ordnungsgemäß von dem erkennenden Gericht aufgenommenen Beweise und/oder die ordnungsgemäß vorgetragenen oder in Bezug genommenen Ergebnisse anderweitiger Beweisaufnahmen beachten. Zugestimmt werden kann deshalb Stein-Jonas-Schumann-Leipold³⁴⁾, wenn sie die formelle Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme als in engem Zusammenhang mit der freien Beweiswürdigung stehend bezeichnen³⁵⁾.

32) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., Anm. I zu § 286; BGHZ 7, 116, 119 f.; 18, 311, 318.

33) Rosenberg, Beweislast, a.a.O., S. 181.

34) A.a.O., Anm. I 2 a zu § 355; vgl. auch Hegler, Der Rechtsgang, Band II (1916), S. 272 a.E. und RGZ 19, 385.

35) Der Gedanke, daß durch die Verhandlung und Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht mit der Möglichkeit einer lockeren Prozeßführung die gegenüber dem Strafverfahren geltende Verhandlungsmaxime und damit das Fehlen der Mittel, die im Strafprozeß zu der Gewinnung einer begründeten Überzeugung vorhanden sind, eliminiert oder doch gemildert werden könnte, erleichterte dem Gesetzgeber die Einräumung des Instituts der freien Beweiswürdigung erheblich, vgl. Entwurf einer Civil-Prozeß-Ordnung, S. 474, wobei zu beachten ist, daß in dem Entwurf Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und Mündlichkeit des Verfahrens nicht differenziert werden, vgl. S. 394, 2. Spalte.

6. Kapitel

Historischer Überblick und Aspekte einer Zivilprozeßreform

Es kann an dieser Stelle nicht der Entwicklung des Beweisrechts im allgemeinen oder des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im besonderen unter Einbeziehung des klassischen römischen Rechtes und seiner Zweiteilung des Verfahrens in einen vor dem Praetor oder einem anderen staatlichen Magistrat und einen zweiten vor dem Richter stattfindenden, die Beweiserhebung einschließenden Teil¹⁾ oder des - nicht einheitlichen - Beweisverfahrens germanischer Art mit der Institution des Beweisurteils²⁾ nachgegangen werden. Auch ist eine Darstellung der Entwicklung des Beweisrechts in den einzelnen deutschen Gebieten und Städten bis zum Ende des 18. Jahrhunderts schon aus Platzgründen nicht möglich.

Kurz hingewiesen werden soll jedoch auf den Jüngsten Reichsabschied des Jahres 1654, der unter Überbetonung der Schriftlichkeit und Einführung der Nichtöffentlichkeit - den Versuch zu einer einheitlichen Entwicklung des Prozeßrechts unternahm. Nur am Rande erwähnt werden sollen auch die Allgemeinen Gerichtsordnungen für die preußischen Staaten von 1781 und 1793, die mit der Akzentuierung der Offizialmaxime und der teilweisen Einführung der Mündlichkeit im Gegensatz zu der gemeinrechtlichen Regelung für das Beweisverfahren den Weg zu einer freien richterlichen Würdigung ebneten. In der Folgezeit drangen mit der napoleonischen Besetzung französische Gedanken in das deutsche Verfahrensrecht ein,

1) Vgl. hierzu Seidl, a.a.O., passim.

2) Schwartz, a.a.O., S. 7.

die insbesondere den Prinzipien der Öffentlichkeit und Mündlichkeit eine fast radikale Erneuerung brachten. Diese wurden als geistige Kinder der von der Revolution ausgehenden Freiheitsbewegung in besonderem Maße von der akademischen Jugend als Naturrechtsgrundsätze schlagwortartig verbreitet³⁾.

Die Zivilprozeßordnung vom 30. 1. 1877, in Kraft getreten am 1. 10. 1879, brachte für Deutschland erstmals ein einheitliches Prozeßrecht. Bei ihrer Beratung wurde dem Problem der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme nur geringe Aufmerksamkeit geschenkt. Allein in der Sitzung der Reichstagskommission am 6. Mai 1876 unter Vorsitz des Abgeordneten M i q u é l kam es zu einer Diskussion über § 330 des Entwurfes (= § 375, d. Verf.)⁴⁾, da der Abgeordnete H e r z den Antrag gestellt hatte, Abs. 1 Ziff. 2 zu streichen, und der Abgeordnete L a s k e r eine Änderung der Ziff. 2 vorgeschlagen hatte, und zwar dergestalt, daß die Beweisaufnahme einem Richterkommissar übertragen werden könnte, wenn die Beweisaufnahme wegen ihrer Beschaffenheit nicht zweckmäßig vor

3) Nagel, a.a.O., S. 195 f..

4) § 375 Abs. 1 lautete in der späteren Gesetzesfassung: Die Aufnahme des Zeugenbeweises kann einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder einem anderen Gericht übertragen werden:

1. wenn zur Ausmittlung der Wahrheit die Vernehmung des Zeugen an Ort und Stelle dienlich erscheint;
2. wenn die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht erheblichen Schwierigkeiten unterliegen würde;
3. wenn der Zeuge verhindert ist, vor dem Prozeßgerichte zu erscheinen;
4. wenn der Zeuge in großer Entfernung von dem Sitze des Prozeßgerichts sich aufhält.

dem Prozeßgericht zu erheben sein würde"⁵⁾. Insbesondere L a s k e r führte in seiner Antragsbegründung⁶⁾ deutlich aus, es gelte der Gefahr zu begegnen, daß das Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme dadurch faktisch außer Kraft gesetzt werde, daß das Gericht sich auf den Standpunkt stelle, es brauche die Zeugen "namentlich dann nicht in der Sitzung zu vernehmen, wenn es viel zu tun habe". Dagegen wandte sich der Abgeordnete S t r u c k m a n n , der die Statuierung möglicherweise auch langwieriger Beweisaufnahmen als Regelverfahren ablehnte und hierbei auch auf "die Fälle schwerer Abkömmlichkeit der Zeugen, man denke beispielsweise an den Apotheker, dem kein Gehilfe zu Gebote steht", hinwies, darüber hinaus auch kein Unglück darin erblickte, "wenn ein mit Geschäften überhäuftes Gericht in einzelnen Fällen über die richtige Grenze etwas hinausgehen sollte"⁷⁾. Gegen diese Verniedlichung des Verstoßes gegen die formelle Unmittelbarkeit wandte sich der Abgeordnete R e i c h e n s p e r g e r unter Hinweis auf § 21 der preußischen Verordnung vom 3. Januar 1849; auch mit dieser Vorschrift sei nach seinen Erfahrungen "arger Mißbrauch" getrieben worden. Dagegen wiesen die Abgeordneten Dr. B ä h r und v o n P u t t k a m e r darauf hin, "das Leben sei unter Umständen mächtiger als der Buchstabe des Gesetzes". Anschließend sprach sich auch der Direktor im Reichskanzleramt, v o n A m s b e r g , für eine Beibehaltung des Wortlautes der Regierungsvorlage aus:

5) Hahn, a.a.O., S. 1115 ff..

6) A.a.O., S. 1116.

7) A.a.O., S. 1117.

"An sich stehe der Entwurf auf demselben Standpunkt, welchen der Abg. Dr. Lasker Eingangs in heutiger Debatte vertheidigt habe; die Differenz bestehe nur darin, daß Dr. Lasker glaube, es solle in Ziff. 2 das objektive Moment schärfer hervorgehoben werden, als Solches im Entwurf geschehen sei. Die Basis der Entwurfsbestimmung in Ziff. 2 sei ursprünglich der § 272 der hannoverschen Civil-Prozeßordnung gewesen. Im Laufe der Verhandlungen seien jedoch die vorberathenden Kommissäre zu der Auffassung gelangt, daß weder jene Bestimmung der hannoverschen Prozeßordnung, noch der korrespondierende Artikel 405 der bayerischen Civilprozeßordnung Dasjenige zur Genüge treffe, was intendirt worden sei. Intendirt habe man aber nichts Anderes, als die Ermächtigung des Prozeßgerichts, durch Anordnung kommissarischer Vernehmung diejenigen Hindernisse zu beseitigen, welche sich aus der Sache selbst einer Erhebung des Zeugenbeweises in der Sitzung des Prozeßgerichts entgegenstellen. Es sei unzweifelhaft die Absicht des Entwurfs, daß die Vernehmung der Zeugen, soweit es thunlich, vor dem erkennenden Richter zu erfolgen habe. Ueberzeugen sich die Richter davon, daß Dieses die Intention des Gesetzes bilde, so werden sie auch so gewissenhaft sein, dem Willen des Gesetzgebers zu gehorchen"⁸⁾.

Die Kommission folgte den Argumenten von A m s b e r g s und lehnte die Anträge H e r z s und L a s k e r s ab. Doch bald wurde offenkundig, daß

8) Hahn, a.a.O., S. 1118 f..

die Erwartung von Amsbergs sich nicht bestätigte. Schon im Jahre 1912 schreibt H e l l w i g ⁹⁾, §375 Abs.1 Ziff. 2 werde von den Gerichten allenthalben auch auf den Fall "starker Geschäftsbelastung des Prozeßgerichts" angewandt, und W a c h ¹⁰⁾ bedauerte im Jahre 1914: "Die ZPO hat hier wie auch sonst zu optimistisch der Loyalität vertraut, die nicht nur dem Buchstaben, sondern dem Geiste des Gesetzes genügen will"; er konstatiert "einen bis an Willkür grenzenden Umfang" und eine "ungeheure Ausdehnung des Mißbrauchs" der kommissarischen Beweisaufnahme. Dieselben Feststellungen trafen auch andere Autoren ¹¹⁾.

Die Institution des Einzelrichters, wichtigste Neuerung der Novelle vom 13. Februar 1924, brachte keine Besserung; im Gegenteil: Die unglückliche Fassung des § 349 Abs. 2 S. 2, 2.H.S., betreffend die Einschränkung der Beweisaufnahme allein vor dem Einzelrichter, in Form einer "Soll-Bestimmung" stellte geradezu eine Prädetermination für eine weitere Mißachtung der Intentionen des Gesetzgebers seitens der Praxis dar, obwohl besonders hier die Novelle versucht hatte, eine Wandlung zu schaffen, wie sich unter anderem daraus ergibt, daß § 357 a als Forderung nach einer sofortigen Beweis - erhebung in unmittelbarem Anschluß an die Beweisanord -

9) A.a.O., Band I, S. 713 ff..

10) Grundfragen der Reform des Zivilprozesses, 1914, S. 69.

11) Vgl. z.B. Rosenberg, ZZP 57 (1933), 326: "...im geltenden Verfahren allgemein üblichen Mittelbarkeit der Beweisaufnahme", zuvor schon Guttman, ZZP 55 (1930), 46 ff., unter Hinweis auf Wach, Heinsheimer, Richard Schmidt, Stein-Jonas und Stein, der meinte, es könne nur noch der Bankrott der Unmittelbarkeit registriert werden; vgl. weiterhin Hegler, Der Rechtsgang, Band I (1913), S. 421.

nung gesetzlich manifestiert worden war. Die Einföhrung des Einzelrichters hatte "nur" den Zweck, die Kammer so zu entlasten, daß ihr möglichst in einer Verhandlung der gesamte Streitstoff vorgeführt und die Beweismittel unter Beachtung der §§ 357 a und 272 b bereitgestellt werden konnten¹²⁾. Lediglich um der Kammer auch die Aufnahme der Beweise geringerer Wichtigkeit zu ersparen, war eine Delegation der Beweisaufnahme auf den Einzelrichter vorgesehen. Zutreffend wird in dem Entwurf einer Zivilprozeßordnung des Jahres 1931 ausgeführt:

"Es bedeutet hiernach eine Verkenennung der ganzen Richtung der Reform, wenn vielfach angenommen wurde, die Novelle habe mit den Vorschriften über den Einzelrichter den Gedanken der Unmittelbarkeit preisgegeben."

Deshalb unternahm es der Entwurf - gemäß § 467 der vor-
gesehenen Fassung - im Anschluß an die arbeitsgerichtliche Lösung, den Kollegialgerichten eine Übertragung der Beweisaufnahme auf den beauftragten Richter lediglich wegen einer starken Geschäftsbelastung zu untersagen. Daneben schloß er, um den Grundsatz der Unmittelbarkeit nicht zu überspannen, zwar die Möglichkeit der Erhebung von Beweisen durch Richterkommissar oder Einzelrichter nicht ganz aus, forderte aber in der Begründung nochmals ausdrücklich eine Beachtung der gesetzten Schranken¹³⁾. Dementsprechend faßte das Ge -

12) Entwurf, a.a.O., S. 281.

13) Entwurf, a.a.O., S. 282.

setz zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 27. Oktober 1933¹⁴⁾ den § 375 Abs. 1 in der heute geltenden Fassung, strich also Ziff. 2 der bisherigen Bestimmung, "vielleicht die praktisch am stärksten einschneidende Neuerung der Novelle 33"¹⁵⁾.

Auch wurde die Intention des Gesetzgebers wohl nie deutlicher zum Ausdruck gebracht als in dem Vorspruch des oben genannten Gesetzes, der als einziges Ziel der Gesetzesneuregelung "ein lebendiges Verfahren mit voller Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, das dem Richter eine sichere Findung der Wahrheit ermöglicht und dessen Verlauf die Parteien mit Verständnis und Vertrauen folgen können", forderte.

Obwohl man in den darauffolgenden Jahren ausgezeichnete Ergebnisse der mit unmittelbarer Beweisaufnahme durchgeführten Verfahren erzielte¹⁶⁾, ist schon nach kurzer Zeit ein Zurückkehren in den zur Genüge bekannten prozessualen Trott der mittelbaren Beweisaufnahme zu vermerken, und es stellt dem deutschen Richter kein zufriedenstellendes Zeugnis aus, daß - unter Vorschützung altruistischer Motive - meist aus reiner Bequemlichkeit gegen den offensichtlichen Willen des Gesetzes verstoßen wird, so daß, wie der Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit¹⁷⁾ konstatiert, die Beweisaufnahme vor dem Einzelrichter bei manchen Gerichten die Regel bildet und auch von der Möglichkeit der Beweisaufnahme vor dem ersuchten Rich -

14) RGBl. I S. 780 ff..

15) Gaupp-Stein-Jonas, I. Band, 15. Auflage, Tübingen 1934, Anm. I 1 zu § 375; so auch Volkmar, DJ 1936, 71.

16) Man vergleiche den geradezu begeisterten Aufsatz von Staud, DJ 1935, 1380, der das Zahlenmaterial für das erste Halbjahr des Jahres 1935 anführt und auswertet.

17) A.a.O., S. 240.

ter zu weitherzig Gebrauch gemacht wird; als Beispiel erwähnt der Bericht Rechtshilfeersuchen innerhalb des Bezirks des ersuchenden Landgerichts oder gar Ersuchen an das benachbarte Amtsgericht. Zum Beweis kann auch B o s c h zitiert werden, der als besonders zu mißbilligendes Beispiel das Verhalten einer Landgerichtskammer anführt, die regelmäßig den ersuchten Richter bemüht, selbst wenn die Zeugen im Sprengel eines 5 bis 10 Kilometer entfernten Amtsgerichts wohnen¹⁸⁾.

Schließlich wird dieses Verhalten von den eigenen Feststellungen des Verfassers bestätigt, der es häufig erleben muß, daß selbst in Prozessen mit einem Streitwert in Höhe von 100.000,-- DM Zeugen, deren Aussagen, wie die vorprozessuale Korrespondenz mit Behörden wie dem Amt für Verteidigungslasten zeigte, sich konträr gegenüberstehen, von dem ersuchten Richter vernommen werden sollen, obwohl ihre Vernehmung vor dem Prozeßgericht gegenüber der Vernehmung vor dem ersuchten Richter nur einen finanziellen Mehraufwand von mit Sicherheit nicht mehr als 200,-- DM, also nur in Promillewerten auszudrücken, erfordert hätte.

Derzeit stehen der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums¹⁹⁾, der Regierungsentwurf, die zu diesem ergangenen Empfehlungen des Rechtsausschusses des Bundesrats²⁰⁾ und das "Stuttgarter Verfahren"²¹⁾ einschließ- lich des von Bender hieraus entwickelten Kurzentwurfes

18) A.a.O., S. 123.

19) Über seine Entstehung siehe Baumann-Fezer, a.a.O., S. 21 unter Anm. 38.

20) Drucksache des Bundesrats 82/1/70.

21) Vgl. hierzu die Darstellung von Bender, DRiZ 68, 163; 69, 105 sowie ZRP 69, 58.

eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozeßordnung²²⁾ zur Diskussion. Änderungen der die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme betreffenden Vorschriften sind hiernach nicht beabsichtigt. Lediglich als Ergänzung sehen die drei amtlichen Entwürfe die Einführung eines § 358 a vor. Dieser soll lauten:

" Das Gericht kann schon vor der mündlichen Verhandlung einen Beweisbeschluß erlassen. Der Beschluß kann vor der mündlichen Verhandlung ausgeführt werden, soweit er anordnet:

1. eine Beweisaufnahme vor dem beauftragten oder ersuchten Richter,
2. die Einholung amtlicher Auskünfte,
3. die Einholung schriftlicher Auskünfte von Zeugen nach § 377 Abs. 3 u. 4,
4. die Begutachtung durch Sachverständige,
5. die Einnahme eines Augenscheins."

Eine entsprechende Regelung enthält der Kurzentwurf Bender in § 252 i Abs. 3, wo bezüglich der Voraussetzungen einer vorbereitenden Beweisaufnahme auf § 349 Abs. 2 S. 2 Bezug genommen wird.

Man beabsichtigt somit eine Verstärkung der gerichtlichen Vorbereitung vor der ersten mündlichen Verhandlung mit der Möglichkeit, Beweisbeschlüsse auch ohne mündliche Verhandlung zu erlassen und einzelne Beweisaufnahmen schon vor der mündlichen Verhandlung auszuführen. Obwohl hier - für natürlich die bisher schon erforderlichen Voraussetzungen der Beweisaufnahme vor dem Richterkommissar oder Einzelrichter gegeben sein müssen, wird die Praxis, das lehrt die Erfahrung, diese auch weiterhin als Ausnahmen gedachten mittelbaren Beweisaufnahmen innerhalb kurzer Frist zum

22) Abgedruckt bei Baumann-Fezer, a.a.O., S. 53 ff..

Regelverfahren umfunktionieren, so daß sich das Bild eines Verfahrens ergibt, in dem die Kammer auf Grund zweier gegnerischer Schriftsätze einen Beweisbeschluß erläßt, den Richterkommissar oder Einzelrichter "vorbereitend" mit der Aufnahme aller angetretenen Beweise betraut, eine "mündliche Verhandlung", soweit sie überhaupt stattfindet, folgt, in der der Vorsitzende pro forma das Verhandeln zum Beweisergebnis feststellt und im Anschluß hieran das vorbereitete Urteil verkündet wird.

Abgesehen von der Einräumung einer weiteren Gelegenheit zur Mittelbarkeit der Beweisaufnahme, die die Praxis aus Bequemlichkeit freudig aufgreifen wird, ist nun die mündliche Verhandlung mit der Möglichkeit des Rechtsgespräches zwischen Gericht und Parteien ihres Sinnes, den Parteien eine Messung ihres subjektiven Rechtsstandpunktes an der objektiven Auffassung des Gerichtes zu erlauben, beraubt. Auch ist den Parteien infolge der am Schlusse der mündlichen Verhandlung ergehenden Entscheidung ein weiterer Tatsachenvortrag, dessen Notwendigkeit sich erst im Laufe der mündlichen Verhandlung ergeben kann, nicht möglich.

Es soll damit nicht einem tropfenweisen Tatsachenvortragen das Wort geredet werden. Trotzdem ist in manchen Fällen erst nach einer gemeinsamen Erörterung zwischen Parteien und Gericht ein ausreichender Vortrag möglich; im Parteiprozeß ist dies evident, im Anwaltsprozeß nicht zuletzt bedingt durch die gegenüber dem Richter mindestens gleichwertige Arbeitsbelastung des Anwaltsstandes. Da sich jedoch das in den Entwürfen als Ausnahmeverfahren vorgesehene verkürzte Verfahren bald als Regelverfahren durchgesetzt haben wird, führt dies, insbesondere in Verbindung mit der von den Entwürfen vorgesehenen Ver-

schärfung der Präklusionsbestimmungen, zwar even -
tuell²³⁾ zu einer Beschleunigung des Verfahrens, aber
auf Kosten der Qualität der Rechtsprechung. Es wird
sich deshalb die Anzahl der Fälle vermehren, in der
die Richter sehenden Auges eine materiell falsche Ent-
scheidung treffen.

Dieser Kritik der vorgesehenen Entwürfe soll keine
eigene Konzeption entgegengestellt werden. Nur kurz
dies als Anregung: Es sollte überlegt werden, ob nicht
den Parteien ein Antragsrecht auf Anordnung einer münd-
lichen Verhandlung vor dem Beweisaufnahmetermin einge -
räumt werden kann; noch wirksamer würde sich eine
Streichung des § 355 Abs. 2 erweisen, doch haben diese
Hoffnungen in Anbetracht des fast ein Jahrhundert lan -
gen Bestehens trotz ständigen Abänderungsverlangens der
Zivilprozeßrechtslehre keinen realen Hindergrund.

Als Bilanz einer historischen Durchleuchtung des Grund-
satzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme läßt
sich somit feststellen:

Obwohl seit Schaffung dieses Grundsatzes permanent bis
in die jüngste Vergangenheit die Forderung nach seiner
wirklichen Durchsetzung erhoben wurde und mehrere Ge -
setzesbegründungen ausdrücklich ein gesetzesnahes Ver-
halten der Gerichte verlangten, hat die Praxis den Aus-

23) Da die Gefahr der Präklusion die Parteien zur
Eventualmaxime zurückkehren läßt, so daß die Ge-
richte mit einer Fülle irrelevanter Tatsachen
überschwemmt werden, ist eine Beschleunigung
keineswegs gewiß.

nahmecharakter der mittelbaren Beweisaufnahme jeweils in kürzester Zeit zum Regelverfahren invertiert; auch die neuesten Entwürfe zur Reform der Zivilprozeßordnung treffen insoweit keine Abhilfe, erleichtern sogar durch eine neue Variante die Bestrebungen der Praxis, so daß möglicherweise zwar eine Beschleunigung des Verfahrens erreicht wird, dies jedoch auf Kosten der Richtigkeit.

Dritter Teil

Durchbrechungen des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme

7. Kapitel

Erörterung möglicher Fälle

I. Vorbemerkung über den Begriff des Richterwechsels

Zivilprozesse erstrecken sich oft über eine lange Zeit. Es ist keine Seltenheit, daß Prozesse selbst in erster Instanz zwei, drei oder noch mehr Jahre dauern. Bei diesen Prozessen stellt es eine Ausnahme dar, wenn die Besetzung des Gerichts während der Dauer des Verfahrens dieselbe bleibt.

Auch in früherer Zeit vor Geltung der Zivilprozeßordnung vom 30. 1. 1877¹⁾ dauerten Prozesse bereits lange. Es gab also schon immer das Problem, wie verfahren werden sollte, wenn der einzelne Richter oder das Prozeßgericht in der ursprünglichen Besetzung aus irgendwelchen Gründen über den Rechtsstreit nicht mehr die Endentscheidung treffen konnte. Trotzdem ist in die Zivilprozeßordnung, anders als in die Strafprozeßordnung, derzufolge gemäß § 229 StPO bei einer Unterbrechung der Hauptverhandlung mit dem Verfahren von neuem zu beginnen ist, wenn die Hauptverhandlung nicht spätestens am 11. Tage nach der Unterbrechung - es ist in der Strafprozeßordnung selbstverständlich, daß nur dieselbe Besetzung des Gerichts entscheidet - fortgesetzt wird, keine ausdrückliche Bestimmung für die Lösung dieses Problems aufgenommen worden. Andererseits enthält die Zivilprozeßordnung allgemein gefaßte Vorschriften, die auch für den Fall des Richterwechsels zur Anwendung gelangen können. Hier kommen die §§ 309, 355 und § 285 Abs. 2 ZPO in Betracht.

1) RGBI S. 83.

Nach dem hinsichtlich des Richterwechsels positiv gefaßten § 309 darf das Urteil nur von den Richtern gefällt werden, die an der dem Urteil zugrunde liegenden Verhandlung teilgenommen haben. Maßgebliche, "dem Urteil zugrunde liegende Verhandlung" ist wegen des Grundsatzes der Gleichwertigkeit aller mündlichen Verhandlungen²⁾, der den Fortbestand des einmal Verhandelten auch für spätere Termine bewirkt, die letzte mündliche Verhandlung vor der Verkündung der Entscheidung. Ein für § 309 erheblicher Richterwechsel ist somit dann gegeben, wenn ein an der letzten mündlichen Verhandlung beteiligter Richter oder der alleinige Richter vor Urteilsfällung endgültig aus dem für die Sachentscheidung zuständigen Spruchkörper ausscheidet, so daß nach dem gerichtlichen Geschäftsverteilungsplan seine Stelle von einem anderen Richter eingenommen wird³⁾.

Häufiger noch als der Richterwechsel nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung ist das Ausscheiden eines Richters aus dem letzten Endes erkennenden Gericht nach Durchführung einer Beweisaufnahme. Diese Variante des Richterwechsels, so kann als arg. e contr. aus § 309 gefolgert werden, ist ohne Einfluß auf die Entscheidungsfällung durch das neu besetzte Prozeßgericht, da das Ausscheiden vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung erfolgte. Diese Auslegung steht jedoch in Antinomie zu einer möglichen Auslegung des § 355, aus dem man, da die Beweisaufnahme "vor dem Prozeßgericht" zu erfolgen hat, bei einem Richterwechsel auch vor Schluß der letzten

2) Siehe oben S. 71

3) Vgl. zum Fall des Richterwechsels allgemein Vollkommer in NJW 1968, 1309 ff., im schriftlichen Urteilsverfahren, insbesondere zu der Frage, ob und unter welchen Umständen ein Urteil im schriftlichen Verfahren vor der Zustellung nach einem Richterwechsel noch geändert werden darf, Vollmer in NJW 1970, 1300 ff..

mündlichen Verhandlung, aber nach einer Beweisaufnahme, auf das Erfordernis einer erneuten Beweisaufnahme schließen könnte. Die Lösung bietet § 285 Abs. 2, demzufolge für den Fall, daß die Beweisaufnahme nicht vor dem Prozeßgericht erfolgt, deren Ergebnis von den Parteien auf Grund der Beweisverhandlungen vorgetragen werden muß. Dabei ist unstreitig, daß unter dem Begriff "Prozeßgericht" im Sinne des § 285 nicht nur das Gericht als solches, sondern auch die **B e s e t z u n g** des Gerichts zu verstehen ist. Erst recht ist deshalb hier - unter auch eine wechselnde Befassung der verschiedenen funktionell zuständigen Organe zu verstehen.

"Richterwechsel" oder damit korrespondierend "Beweisaufnahme nicht vor dem Prozeßgericht" im Sinne des § 285 Abs. 2 ist also dann gegeben, wenn nach der Beweisaufnahme ein Mitglied des erkennenden Gerichts oder der alleinige Richter aus dem ursprünglich mit dem Rechtsstreit befaßten Spruchkörper ausscheidet.

II. Gesetzlich geregelte Tatbestände

1. Beweisaufnahme durch den Richterkommissar

In Abweichung von dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in § 355 Abs. 1 S. 1 kann diese nach S. 2 der genannten Bestimmung in den in der Zivilprozeßordnung bestimmten Fällen einem Mitglied des Prozeßgerichts oder einem anderen Gericht übertragen werden. Damit ist gesetzlich prinzipiell eine Beweisaufnahme durch den beauftragten⁴⁾ oder ersuchten⁵⁾ Richter anerkannt. Folge -

4) D.h. einem Mitglied des Prozeßgerichts, vgl. § 361 Absatz 1; im amtsgerichtlichen Verfahren und im Stadium des einzelrichterlichen Verfahrens kommt nur die Übertragung auf ein ersuchtes Gericht in Frage, vgl. Stein-Jonas-Schumann-Leipold, Anm. II 2 zu § 355.

5) Also einen Richter eines anderen Gerichts, vgl. § 362 Abs. 1 in Verbindung mit § 362 Abs. 2; dieses ist gemäß § 157 GVG das für die Rechtshilfe zuständige Amtsgericht.

richtig sind die Vorschriften, die die Voraussetzungen einer Beweisaufnahme vor dem Richterkommissar regeln, in den jeweiligen Bestimmungen über die einzelnen Beweismittel enthalten:

§ 372 Abs. 2 erlaubt dem Prozeßgericht die Übertragung der Einnahme des Augenscheins auf einen Richterkommissar.

§ 375 Abs. 1 bestimmt die Voraussetzungen, unter denen die Aufnahme des Zeugenbeweises von einem Richterkommissar erfolgen kann.

§§ 402 und 451 erstrecken die Bestimmung des § 375 Abs. 1 auf den Beweis durch Sachverständige und Parteivernehmung.

§ 434 normiert die Voraussetzungen der Aufnahme eines Beweises durch Urkunden seitens des Richterkommissars.

Die Beweisaufnahme durch den Richterkommissar anstelle des vollbesetzten Prozeßgerichts bedeutet die Einschaltung eines funktionell anderen Gerichtsorgans. Es ist damit eine Beweisaufnahme "nicht vor dem Prozeßgericht" im Sinne des § 285 Abs. 2, so daß trotz Zugehörigkeit zu mindestens des beauftragten Richters zu dem letzten Endes erkennenden Gericht ein Fall des Richterwechsels gegeben ist, mit der Folge, daß die Parteien das Ergebnis der Beweisaufnahme auf Grund der Beweisverhandlung vortragen müssen.

2. Beweisaufnahme durch den Einzelrichter

Eine weitere Ausnahme vom Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme ist die Beweisaufnahme durch den Einzelrichter. Zu dem Inhalt dessen Prozeßförderungsaufgabe gehört es gemäß § 349 Abs. 2 S. 2, einzelne Beweise zu erheben, soweit dies, wie die Novelle 33 einschränkte,

"zur Vereinfachung der Verhandlung vor dem Prozeßgericht wünschenswert und von vornherein anzunehmen ist, daß das Prozeßgericht das Beweisergebnis auch ohne unmittelbaren Eindruck von dem Verlauf der Beweisaufnahme sachgemäß zu würdigen vermag".

Obwohl der Einzelrichter Mitglied des Prozeßgerichts ist, darf er doch nicht mit dem beauftragten Richter verwechselt werden⁶⁾; vielmehr hat er während der Dauer des einzelrichterlichen Verfahrens eine Sonderstellung. Hieraus resultieren Schwierigkeiten bei der Beurteilung, ob ein Richterwechsel im Sinne des § 285 Abs. 2 vorliegt. Während allgemein feststeht, daß der Einzelrichter während der Dauer des einzelrichterlichen Verfahrens "Prozeßgericht" ist⁷⁾, wird daneben angenommen, daß die Verhandlung vor dem Kollegium nach vorausgegangenem einzelrichterlichem Verfahren einen Fall des Richterwechsels darstelle, auf den § 285 Abs. 2 ZPO entsprechend anzuwenden sei⁸⁾.

Inkonsequent ist auch die Ansicht von Rosenberg, der den Einzelrichter zwar unter Bezugnahme auf den Gesetzeswortlaut in § 349 Abs. 3 ZPO "anstelle des Prozeßgerichts" setzte, ihn sogar als "das erkennende Gericht" bezeichnete⁹⁾, trotzdem aber bei einer Beweisaufnahme durch den Einzelrichter einen Vortrag des Beweisergebnisses in direkter Anwendung des § 285 Abs. 2 ZPO für erforderlich erachtet¹⁰⁾.

6) Vgl. BGHZ 40, 182 mit weiteren Hinweisen.

7) Vgl. BGHZ 40, 182 mit weiteren Hinweisen und Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., Vorbem. IV zu § 348 und Anm. I 2 b zu § 355, wo sogar ausdrücklich bemerkt wird, daß der Einzelrichter für die Dauer des einzelrichterlichen Verfahrens Prozeßgericht sei, werde das Verhältnis Einzelrichter-Kollegium von § 355 nicht betroffen.

8) Vgl. Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., Anm. II 1 zu § 285 und Thomas-Putzo, a.a.O., Anm. 2 zu § 285.

9) A.a.O., S. 82.

10) A.a.O., S. 585.

Der Gesetzeswortlaut bringt keine Klärung dieser Frage. Nach § 349 Abs. 3 ZPO entscheidet der Einzelrichter bei vermögensrechtlichen Ansprüchen im Einverständnis bei - der Parteien "anstelle des Prozeßgerichts". In logischer Folge dieser Bestimmung gelten für die Anfechtung von Entscheidungen des Einzelrichters dieselben Vorschriften wie für die Anfechtung entsprechender Entscheidungen des Prozeßgerichts (§ 350 Abs. 2). Damit geht die Zivilprozeßordnung deutlich von dem Gegensatzpaar "Prozeßgericht" - "Einzelrichter" aus. Demgegenüber sind nach § 75 GVG die Zivilkammern, "soweit nicht nach den Vorschriften der Prozeßgerichte anstelle der Kammer der Einzelrichter zu entscheiden hat", mit drei Mitgliedern einschließlich des Vorsitzenden zu besetzen. Eine entsprechende Gegenüberstellung trifft § 105 Abs. 1 GVG für die Handelskammer und § 122 Abs. 1 GVG für den Oberlandesgerichtssenat und den Einzelrichter. Damit postuliert das Gerichtsverfassungsgesetz das Polaritätspaar "Kammer" bzw. "Senat" und "Einzelrichter".

Der Einzelrichter ist, wie oben¹¹⁾ ausgeführt wurde, gegenüber dem Prozeßgericht ein funktionell verschiedenes Rechtspflegeorgan. Da jedoch von einer Beweisaufnahme "nicht vor dem Prozeßgericht" schon bei einer geänderten Besetzung des Prozeßgerichts, also einem Richterwechsel, auszugehen ist, gilt dies erst recht für die Durchführung und Bewertung der Beweisaufnahme von funktionell verschiedenen Rechtspflegeorganen. Deshalb ist nach der soeben festgestellten Definition auch in dem Falle einer von dem Einzelrichter durchgeführten Beweisaufnahme mit anschließender Verhandlung vor und Entscheidung durch das vollbesetzte Prozeßgericht der Tatbestand eines Richterwechsels im Sinne des § 285 Abs. 2 gegeben.

11) Siehe S. 74.

Eine direkte Anwendung des § 285 Abs. 2 ZPO verbietet sich jedoch angesichts der historischen Gesetzesentwicklung. Die Zivilprozeßordnung vom 17. Mai 1898 kannte neben der erkennenden Kammer nur noch die Rechtsinstitute des beauftragten und ersuchten Richters; nach den §§ 348 ff. konnte das Prozeßgericht in bestimmten Fällen ein vorbereitendes Verfahren vor einem beauftragten Richter anordnen. Die Verhandlung vor dem Einzelrichter zur Vorbereitung der Entscheidung des Prozeßgerichts war der Zivilprozeßordnung in der damaligen Fassung unbekannt. Diese wurde erst durch die Novelle des Jahres 1924 eingeführt. Da § 285 Abs. 2 ZPO schon in der heutigen Fassung galt, ergibt sich, daß unter der Beweisaufnahme im Sinne dieser Vorschrift nur die Beweisaufnahme vor dem ersuchten oder beauftragten Richter gemeint sein kann. § 285 Abs. 2 ist somit für die Beweisaufnahme vor dem Einzelrichter nicht direkt anwendbar. Da aber nach dem Sinn des Gesetzes das Ergebnis der Beweisaufnahme auf Grund der Beweisverhandlung dann vorzutragen ist, wenn die Beweisaufnahme nicht vor dem Gericht erfolgte, das auf Grund der letzten mündlichen Verhandlung über den Rechtsstreit entscheidet, und diese gesetzliche Intention auch für den Fall der Beweisaufnahme vor dem Einzelrichter und der Entscheidung durch die - vollbesetzte - Kammer oder den - vollbesetzten - Senat zutrifft, ist eine entsprechende Anwendung des § 285 Abs. 2 ZPO gerechtfertigt¹²⁾.

III. Gesetzlich nicht vorgesehene Fälle

1. Beweisaufnahme in einem anderen Prozeß

Es ist in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt, daß die in einem anderen Rechtsstreit aufgenommenen Beweise auch in dem in Frage stehenden Rechtsstreit verwertet werden dürfen, insbesondere wenn eine der Parteien des gegenwärtigen Recht-

12) Im Ergebnis ebenso Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., Anm. II 1 zu § 285; Thomas-Putzo, a.a.O., Anm. 2 b zu § 349.

streites darauf unter Vortrag ihres Inhaltes Bezug nimmt¹³⁾. Beantragt nunmehr jedoch die andere Partei die Aufnahme des Beweises vor dem gegenwärtigen Prozeßgericht, so muß diesem Antrag stattgegeben werden. Man kann B o s c h insoweit zustimmen, als er den dafür maßgebenden Gesichtspunkt da - rin sieht, daß das gegenwärtige Prozeßgericht alle angebo - tenen Beweise ausschöpfen muß¹⁴⁾. Nicht gefolgt werden kann ihm jedoch, wenn er meint, dies sei offensichtlich deshalb erforderlich, damit das Gericht unter dem unmittelbaren, frischen Eindruck der erneuten Aussage das Für und Wider abwägen könne. Es ist ihm zwar zuzugeben, daß dieser Ge - sichtspunkt auch bei der Rechtsprechung des Bundesgerichts - hofes¹⁵⁾ erörtert wurde. Beachtlich war jedoch eine andere Überlegung. Unstreitig darf das Gericht die ihm vorliegende Aussage aus einem anderen Verfahren nur als einen Beweis durch Urkunden verwerten¹⁶⁾. Ist eine Partei des gegen - wärtigen Rechtsstreites nicht mit der Verwertung des in einem anderen Verfahren aufgenommenen Beweises einverstan - den, so wurde, weil im gegenwärtigen Verfahren eine Beweis - aufnahme der beantragten Art noch nicht stattgefunden hat, erstmals eine solche beantragt¹⁷⁾. Diesem Beweistritt muß

13) Urteil des BGH vom 16.10.1963 in BGHZ 40, 179, 184 unter Hinweis auf Urteil des BGH vom 14. 7. 1952 in BGHZ 7, 116, 121 f.; Urteil des BGH vom 19. 2. 1960 in IM Nr. 4 zu § 355 = ZZP 74, 93 = NJW 1960, 862; Urteil des BGH vom 21. 11. 1960 in ZZP 74, 234; Baumbach-Lauterbach, a.a.O., Anm. 4 B zu § 286; Hegler, Der Rechtsgang, Band I (1913), 417 ff.; Sattelmacher, a.a.O., S. 125; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., Anm. III 4 a zu § 286; Thomas-Putzo, a.a.O., Anm. III a E zu § 286.

14) A.a.O., S. 114.

15) Vgl. BGHZ 7, 122 unter Hinweis auf RGZ 46, 412; 105, 221 und BGH in NJW 1960, 862, 864.

16) Vgl. die oben in Anm. 13 genannte Rechtsprechung und Li - teratur.

17) Es ist also z.B. keine "wiederholte" Vernehmung im Sinne des § 398, über die das Gericht nach seinem Ermessen entscheiden könnte, beantragt; so für den Zeugenbeweis ausdrücklich BGHZ 7, 122.

das Gericht in der Regel nachkommen und den Beweis der beantragten Art aufnehmen.

Die von dem Gericht beigezogene Urkunde liegt dem Gericht vor; damit ist insoweit die Unmittelbarkeit der Aufnahme eines Urkundenbeweises gewahrt¹⁸⁾. Die urkundenbeweisliche Verwertung einer Beweisaufnahme aus einem anderen Rechtsstreit im gegenwärtigen Prozeß stellt also keine Durchbrechung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme dar.

2. Richterwechsel innerhalb einer Instanz

Ein zwar nicht sehr häufiger, andererseits aber auch nicht seltener Fall der Durchbrechung des Prinzips der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme ist der Richterwechsel, und zwar¹⁹⁾ der Wechsel in der Besetzung des Spruchkörpers nach Durchführung einer Beweisaufnahme. Er ist im besonderen Maße bedingt durch die oft lange Dauer der Zivilprozesse, die eine teilweise mehrmalige Fluktuation des Spruchkörpers zur Folge hat.

Gegenüber dem Kollegialgericht in der gegenwärtigen Besetzung erfolgte die Beweisaufnahme vor dem Richterwechsel nicht " vor dem Prozeßgericht " im Sinne des § 285 Abs. 2. Deshalb müssen die Parteien das Ergebnis der Beweisaufnahme auf Grund der Beweisverhandlung dem Gericht in der neuen Besetzung vortragen.

18) Vgl. schon oben S. 58 f..

19) S. oben S. 95.

3. Richterwechsel durch Instanzwechsel

Wurde gegen das Urteil erster Instanz Berufung eingelegt, so ist der Rechtsstreit in der Berufungsinstanz anhängig. Das Berufungsgericht ist kraft Gesetzes²⁰⁾ personell verschieden von dem erster Instanz. Es wird deshalb, da die Beweisaufnahme doch meist zumindest von einem Mitgliede dieses Gerichts durchgeführt wird, auch in diesem Falle ein anderes Gericht mit der Entscheidung befaßt als dasjenige, das - in erster Instanz - die Beweise aufgenommen hat. Somit führt auch die Rechtsmittel einlegung zu einem für den Parteivortrag gemäß § 285 Abs. 2 maßgeblichen Richterwechsel.

Der Inhalt des Vortrages der Parteien wird bestimmt von § 526. Hiernach haben die Parteien bei der mündlichen Verhandlung neben dem angefochtenen Urteil selbst auch die dem Urteil vorausgegangenen Entscheidungen nebst Entscheidungsgründen und Beweisverhandlungen in bestimmtem Umfange vorzutragen²¹⁾. § 526 weicht also von der Bestimmung des § 285 Abs. 2 insofern ab, als nicht das Ergebnis der Beweisaufnahme auf Grund der Beweisverhandlung vorgetragen werden muß, sondern nur der Vortrag der Beweisverhandlung selbst bestimmt ist.

20) § 41 Ziff. 6 schließt den Richter von der Ausübung des Richteramtes in den Rechtsstreitigkeiten aus, in denen er in einem früheren Rechtszuge bei dem Erlaß der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat; unschädlich ist allerdings die Mitwirkung nur an einer Beweisaufnahme, vgl. RGZ 105, 17; Thomas-Putzo, Anm. 2 f. zu § 41.

21) Es genügt - dies gilt auch für die vorgenannten Fälle des Vortrages nach § 285 Abs. 2 - mangels entgegenstehender Vorschrift gemäß der allgemeinen Bestimmung des § 137 Abs. 3 anstelle des Vortrages auch eine Bezugnahme auf Schriftstücke, also die bei der Beweisaufnahme angefertigte Niederschrift oder die Berufungsschrift.

8. Kapitel

Verwertbarkeit des Ergebnisses der Beweisaufnahme

I. Vorbemerkung

Alle in dem vorhergehenden Kapitel geschilderten Fälle betreffen das Problem des Richterwechsels und stellen, abgesehen von der Verwertung der Aussagen aus einem anderen Rechtsstreit, Durchbrechungen des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme dar. Wie ebenfalls festgestellt, muß bei jeder Durchbrechung dieses Grundsatzes gemäß § 285 Abs. 2 das Ergebnis der Beweisaufnahme bzw. gemäß § 526 die Beweisverhandlung selbst seitens der Parteien vorgetragen werden. Gegenstand dieses Kapitels soll es nun sein, zu untersuchen, ob damit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme genügt ist oder ob, insbesondere hinsichtlich der Eindrücke, die nicht direkt Gegenstand der Beweisaufnahme waren, ein Verwertungsverbot besteht¹⁾.

1) Daß die unter einem Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme gewonnenen Tatsachen nicht verwertet werden dürfen, ist von Peters, ZZP 76 (1963), 145 ff., eingehend untersucht worden; vgl. dort (S. 147) die verschiedenen, teilweise dem Strafprozeßrecht entlehnten Theorien zur Beurteilung der Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise und Beweismittel; vgl. hierzu auch Grunsky, a.a.O., S. 385 f.. Zur formellen Unmittelbarkeit führt Peters (S. 158) aus: "Wird bei der Beweiserhebung unzulässigerweise gegen die Grundsätze der Unmittelbarkeit und Parteiöffentlichkeit verstoßen, so wird die Zuverlässigkeit des Beweisergebnisses generell in Frage gestellt. Der Fehler im Beweisverfahren wirkt sich also auf die Güte des Beweisergebnisses aus, mithin auch auf das Urteil. Wegen der Tragweite des Verstoßes muß dem Gericht die Benutzung des nicht genügend erhärteten Beweisergebnisses versagt werden. Die prozeßordnungswidrige Erlangung des Beweises führt hier zu einem Verlust der Verwertung". Dieser Ansicht ist wegen der schwerwiegenden Folgen des Verstoßes zu Lasten der Richtigkeit der Entscheidung zuzustimmen.

II. Meinungsstand

1. Rechtsprechung

a. Beweisaufnahme durch den Richterkommissar

Grundlegend ist das Urteil des Reichsgerichts vom 26. Februar 1887²⁾. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden angefochtenen Urteil hatte das Berufungsgericht bei Prüfung der Glaubwürdigkeit der Zeugen, obwohl diese nicht vor dem erkennenden Gericht vernommen worden waren, den persönlichen Eindruck berücksichtigt, den diese bei ihrer Vernehmung hinterlassen hatten. Das Reichsgericht erkennt die Rüge der Revision als begründet an, weil das von dem beauftragten Richter angefertigte Protokoll über den von dem erkennenden Gericht verwendeten Eindruck der Zeugen keine Feststellungen enthält. Es wird als zulässig angesehen, den persönlichen Eindruck eines Zeugen auf den beauftragten Richter bei der Urteilsfeststellung zu berücksichtigen, aber nur dann, "wenn die Wahrnehmungen desselben als ein Bestandteil der Beweisaufnahme gemäß § 335 CPO zum Gegenstand der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht gemacht worden sind". In derselben Entscheidung erstreckt das Reichsgericht diesen Grundsatz in einem obiter dictum auf die Beweisaufnahme durch den ersuchten Richter und neben dem Zeugenbeweis auch auf den Beweis durch Augenschein.

Eine Ergänzung erfährt diese Entscheidung durch das Urteil des Reichsgerichts vom 21. 6. 1926³⁾, das in diesem Zusammenhang erstmals die Verwendung des persönlichen Eindruckes durch das Prozeßgericht als "Verstoß gegen die Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens" bezeichnet, wenn das Vernehmungsprotokoll über den persönlichen Eindruck, den der beauftragte Richter

2) RGZ 17, 425 f..

3) WarnRspr 1926, Nr. 173.

von einem Zeugen gewonnen hat, nichts enthält und das Gericht gleichwohl diesen Eindruck bei der Würdigung der Aussage des Zeugen verwertet. Da sich in dem zu entscheidenden Rechtsstreit die mündliche Verhandlung jedoch auch auf den Eindruck der Zeugen erstreckt hatte, sieht das Gericht keine Möglichkeit, dieses Verfahren zu beanstanden; eine Verwertung des Eindruckes stelle keine Verletzung "des Grundsatzes der Mündlichkeit der Verhandlung (ZPO §§ 128, 285)" dar; soweit eine Verletzung des § 286 vorliege, könne sie nach dem Entlastungsgesetz von 1925 nicht gerügt werden.

b. Beweisaufnahme durch den Einzelrichter

Die für den Richterkommissar entwickelten Grundsätze kommen nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts auch für die Verwertbarkeit des Ergebnisses einer einzelrichterlichen Beweisaufnahme zur Anwendung. So sah es das Reichsgericht in dem Urteil vom 5. 6. 1931⁴⁾ als eine Verletzung des § 286 an, daß das Berufungsgericht in den Entscheidungsgründen ausführte, um die Glaubwürdigkeit eines Zeugen beurteilen zu können, sei ein persönlicher Eindruck von dessen Persönlichkeit unumgänglich nötig gewesen, bei der Vernehmung vor dem Einzelrichter habe der Zeuge den denkbar günstigsten Eindruck hinterlassen und der Senat glaube ihm. Was in den bisherigen Entscheidungen des Reichsgerichts "bezüglich der Vernehmung vorm beauftragten Richter ausgesprochen ist, muß auch gelten für den Einzelrichter".

Auch in dem Urteil vom 29. 5. 1933⁵⁾ hat das Reichsgericht

4) WarnRspr 1931, Nr. 147.

5) JW 1933, 2215; vgl. auch für den persönlichen Eindruck eines Zeugen und einer Partei das Urteil des Reichsgerichts vom 1. 7. 1938, JW 1938, 2767 f., bestätigt durch Urteil vom 5. 7. 1938 in JW 1938, 2981.

die Verwertung des nicht protokollierten persönlichen Eindruckes eines Zeugen auf den Einzelrichter abgelehnt und eine Verwertung als Verstoß nicht nur gegen § 286, sondern auch gegen den "Grundsatz der Unmittelbarkeit (§§ 128, 355)" bezeichnet.

c. Beweisaufnahme und nachfolgender Richterwechsel innerhalb derselben Instanz

Die, soweit ersichtlich, erste Entscheidung des Reichsgerichts zu diesem Problem erging am 8. Juli 1885⁶⁾. In diesem Urteil hat das Reichsgericht den Grundsatz ausgesprochen, es sei nicht zulässig, im Falle der geänderten Zusammensetzung des Prozeßgerichts die Entscheidung auf den seitens der Parteien vorgetragenen angeblichen Inhalt der Aussage eines Zeugen zu gründen, der in einem früheren Termin ohne Protokollierung der Aussage vernommen worden sei. Aus der Begründung der Entscheidung ist ersichtlich, daß das Reichsgericht eine Berücksichtigung der Zeugenaussage im Falle des Richterwechsels nur zuläßt, wenn die Aussage in einer den Erfordernissen der Zivilprozeßordnung genügenden Beurkundung niedergelegt ist und damit jedem einzelnen Mitglied des Gerichts ein Maßstab gegeben wird, anhand dessen die Richter den Vortrag der Parteien über das Beweisergebnis prüfen und geeigneten Falles darauf hinwirken können, daß der Vortrag berichtigt oder vervollständigt wird.

Diese Entscheidung wird bestätigt durch das Urteil des Reichsgerichts vom 19. Oktober 1885⁷⁾, in dem ebenfalls über das Verfahren des Berufungsgerichts zu entscheiden war, die nicht zu Protokoll festgestellten, sondern in den Tatbestand des Urteils auf-

6) RGZ 14, 379 ff..

7) RGZ 14, 383 ff..

g e n o m m e n e n A u s s a g e n der Zeugen bei der Entscheidung zu berücksichtigen, obwohl eine mündliche Verhandlung mit einem zum Teil anders zusammengesetzten Richterkollegium vorausgegangen war. Hier bezeichnet das Reichsgericht die Verwertung der Zeugenaussagen in der Endentscheidung ausdrücklich als gegen die Prinzipie der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und freien Beweiswürdigung verstoßend und begründet dies mit dem Erfordernis der Kontinuität des Verfahrens, die es nötig mache, daß das Resultat der Beweisaufnahme anstelle der Beurkundung durch das Gedächtnis der Richter und der Vertreter der Parteien fixiert und zu dem Tatbestand des Urteils gebracht werde. Damit wird also die geistige Speicherung der Zeugenaussage durch die teilnehmenden Richter an die Stelle der Protokollierung gesetzt, so daß die Richter aus eigener Wissenschaft die Richtigkeit des Vortrags der Parteien über das Ergebnis der Beweisaufnahme kontrollieren können. Da diese Kontrolle bei dem Wechsel auch nur eines Mitgliedes des Richterkollegiums nach Ansicht des Reichsgerichts nicht mehr vollständig gewährleistet ist, müsse die Beweisaufnahme erneut vor dem geänderten Prozeßgericht stattfinden.

Eine Bestätigung finden diese Entscheidungen des Reichsgerichts in einem weiteren Urteil vom 22. Dezember 1886⁸⁾. Auch hier hatte das Berufungsgericht die Zeugenaussagen nicht zu Protokoll festgestellt, sondern ihren Inhalt in dem Tatbestand des Urteils mitgeteilt. Das Reichsgericht entschied, daß nach einer Aufhebung dieses Urteils durch das Revisionsgericht bei einer neuen Verhandlung eines in der Zusammensetzung geänderten Richterkollegiums das Ergebnis des früher aufgenommenen Zeugenbeweises nicht durch eine Verlesung der richterlichen Feststellungen des Inhaltes der Zeugenaussagen dargetan werden könne, wenn

8) RGZ 17, 344 ff..

das Richterkollegium auch nur teilweise anders besetzt sei als dasjenige, das das aufgehobene Urteil beschlossen habe.

Auch auf die anderen Beweismittel hat das Reichsgericht die für den Zeugenbeweis aufgestellten Grundsätze angewandt. Eine Wiederholung des Schriftvergleichs war in dem dem Urteil vom 8. Februar 1896⁹⁾ zugrunde liegenden Rechtsstreit deswegen erforderlich, weil das die Schriftvergleiche vornehmende, anders zusammengesetzte Kollegium deren Ergebnis nicht protokollarisch festgestellt hatte und dies auch - wie das Reichsgericht ausdrücklich bemerkte - wegen der rein subjektiven Natur nicht zu Protokoll festgestellt werden konnte.

Entsprechend bezeichnete das Reichsgericht es in dem Urteil vom 14. Oktober 1897¹⁰⁾ als unzulässig, die Entscheidung auf die Bekundungen eines Sachverständigen zu stützen, die weder zum Protokoll festgestellt noch vor dem erkennenden Gericht abgegeben wurden, und folgert aus diesem Grundsatz, daß eine Aussage bei der Entscheidung als nicht vorhanden angesehen werden müsse, wenn das Kollegium anders zusammengesetzt sei als dasjenige, vor welchem die Aussage abgegeben wurde.

Auch in späteren Urteilen hielt das Reichsgericht an seiner Rechtsprechung fest¹¹⁾. Als Beispiel sei der durch das

9) JW 1896, 144.

10) JW 1897, 601.

11) Eine Ausnahme von diesen klaren Grundsätzen erkannte das Reichsgericht in dem Urteil vom 20. März 1897 (JW 1897, 230; vgl. auch die in HRR 1940, 1258 zitierte Entscheidung zur gleichen Frage) an; auch in diesem Verfahren hatte die Besetzung des Berufungsgerichts nach einer Beweisaufnahme und der anschließenden mündlichen Verhandlung gewechselt. Trotzdem ließ das Reichsgericht eine Verwertung der Zeugenaussagen zu, weil das Berufungsgericht im Anschluß an den Beweisaufnahme- und Verhandlungstermin einen weiteren Beweisbeschuß erlassen und diesem von allen Richtern unterzeichneten Beweisbeschuß als Teil einer Begründung einen Tatbestand angegliedert hatte, der die Aussagen der vernommenen Zeugen wiedergab, der vollständige Beweisbeschuß in der nächsten mündlichen Verhandlung, an der das erkennende Gericht teilnahm, vorgetragen worden war und beide Par-

Urteil vom 29. Oktober 1941¹²⁾ entschiedene Rechtsstreit angeführt, in dem bei den Beweisaufnahmen das Berufungsgericht anders besetzt war als in der letzten mündlichen Verhandlung und die Aussagen nicht in den Sitzungsprotokollen oder in Anlagen dazu niedergelegt waren, sondern lediglich in handschriftlichen Vermerken des Berichterstatters. Nach Auffassung des Reichsgerichts ist nicht von Bedeutung, daß die Vermerke den Parteien abschriftlich mitgeteilt, im Urteilstatbestand angezogen und als von den Parteien zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht bezeichnet worden sind; trotz alledem liege ein Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme vor.

Der Bundesgerichtshof und andere Gerichte übernahmen die von dem Reichsgericht gebildeten Grundsätze¹³⁾.

Fortsetzung von Seite 110:

teilen ausdrücklich anerkannt hatten, daß der Be-
schluß die Zeugenaussagen zutreffend darstellte.

Seite 111:

- 12) WarnRspr 1942, Nr. 10; vgl. auch das Urteil vom 18. Februar 1941 in DR 1941, 1739.
- 13) Vgl. das Urteil vom 8. November 1951, ZZP 65 (1952), 267 f.; Urteil vom 3. März 1956 in NJW 1956, 945; Urteil vom 26. September 1963 in IM Nr. 2 zu § 398 = MDR 1964, 33; Urteil vom 1. Oktober 1964 in IM Nr. 3 zu § 398 = NJW 1964, 2414 = WarnRspr 1964, Nr. 210; vgl. weiterhin Urteil des Reichsarbeitsgerichts vom 5. Dezember 1934 in RAGE 14, 285 und Urteil des OLG Koblenz vom 3. Dezember 1959 in NJW 1960, 1014f.. Eine ausdrückliche Bestätigung dieser Rechtsprechung enthält das Urteil des BGH vom 17.2.1970 (BGHZ 53, 245 ff.), wo als Argument für die Berechtigung des erkennenden Gerichts zur Würdigung der Beweise trotz Richterwechsels nach der Beweisaufnahme angeführt wird, sonst wäre die Einrichtung des beauftragten und ersuchten Richters überflüssig und unverständlich, ein Fehlschluß, da aus der gesetzmäßig zulässigen Erhebung der Beweise durch den Richterkommissar nicht notwendig das Recht der Kammer zur vollen Würdigung aller dieser Beweise folgt; siehe hierzu S. 114 ff., insbesondere S. 125 f..

d. Beweisaufnahme in erster Instanz und Entscheidung
durch das Rechtsmittelgericht

In dem Urteil vom 19. März 1887¹⁴⁾ entschied das Reichsgericht über das Vorgehen des Berufungsgerichts, das die Entscheidung auf die Aussagen der in erster Instanz vernommenen Zeugen gestützt hatte, und zwar unter Verwerfung der gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugen vorgebrachten Einreden, mit der Begründung, diese Zeugen hätten, wie das Urteil erster Instanz erkennen lasse, bei ihrer Vernehmung vor dem Prozeßgericht in erster Instanz einen sehr günstigen Eindruck gemacht. Dies verstößt nach Ansicht des Reichsgerichts "gegen den Grundsatz der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Verhandlung"; wenn es schon nur zulässig sei, die Aussagen zu verwerten, die in dem Protokoll festgestellt und dann zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht seien, müsse derselbe Grundsatz auch auf bloße Eindrücke angewendet werden. Deshalb hätte das Berufungsgericht die Bemerkung des erstinstanzlichen Richters in den Entscheidungsgründen des Urteils, daß die Zeugen auf ihn einen sehr günstigen Eindruck gemacht hätten, "nicht als Beweisgrund verwerten und darum nicht die Beweiserhebung über die gegen die Glaubwürdigkeit derselben vorgebrachten Einreden ablehnen" dürfen.

Der Bundesgerichtshof entschied durch Urteil vom 1. Oktober 1964¹⁵⁾, das Berufungsgericht sei, wolle es von der Würdigung der persönlichen Glaubwürdigkeit eines Zeugen durch das Gericht erster Instanz abweichen, "in der Regel verpflichtet, den Zeugen nochmals selbst zu vernehmen, um sich einen unmittelbaren eigenen Eindruck zu verschaffen". Dies gilt, wie die Entscheidungsgründe

14) Seufferts Archiv Band 42, Nr. 255.

15) NJW 1964, 2414 = IM Nr. 3 zu § 398 = WarnRspr 1964, Nr. 210, bestätigt durch das Urteil vom 13.3.1968, NJW 1968, 1138 unter Verweisung auf die in IM Nr. 2 zu § 398 = MDR 1964, 33 und NJW 1967, 2008 = WM 67, 900 f. abgedruckten Urteile des Bundesgerichtshofes vom 26.9.1963 und 5.7.1967; vgl. weiterhin BGH in ZZP 78, 159 = MDR 1964, 1001.

erkennen lassen, jedenfalls dann, wenn es sich um die Glaubwürdigkeit eines Zeugen handelt und dem Berufungsgericht kein anderes Beweismittel als das Protokoll über die Vernehmung des Zeugen vor dem Landgericht zur Verfügung steht.

2. Schrifttum

Auch das Schrifttum hat die mit einem Richterwechsel verbundenen Probleme gesehen, ohne sie allerdings ausführlich zu erörtern. So finden sich meist nur kurze Bezugnahmen auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts und im Falle des Richterwechsels der Hinweis, es sei genauso zu verfahren wie im Falle der Beweisaufnahme durch den Einzelrichter oder den Richterkommissar.¹⁶⁾

Eine ausführlichere Darstellung gibt nur Meiser¹⁷⁾, der sich allerdings weitgehend darauf beschränkt, die Rechtsprechung des Reichsgerichts und dessen Argumente für die Fälle der Zeugen- und Parteivernehmung zu wiederholen.

16) Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 620; Schönke-Kuchinke, a.a.O., S. 238; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., Anm. II 1 und 2 zu § 285; Thomas-Putzo, a.a.O., Anm. 2 zu § 285; Vollkommer in NJW 1968, 1309, der sich allerdings vorwiegend mit einem Wechsel des Gerichts nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung befaßt; Zöller, a.a.O., Anm. 3 und 5 zu § 309.

Vgl. zum Fall der Beweisaufnahme vor dem Richterkommissar: Baumbach-Lauterbach, a.a.O., Anm. zu § 285; Meiser, DJ 1939, 696, 2. Spalte; Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 620; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., Anm. III 1 zu § 286 unter Nr. 23; vor dem Einzelrichter: Meiser, a.a.O.; Rosenberg-Schwab, a.a.O., Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., Anm. IV 1 und XIII 2 zu § 349; ungenau Baumbach-Lauterbach, a.a.O., Anm. 3 A zu § 349; Zweifel an der Richtigkeit der h.M. für den Fall des Richterwechsels durch Instanzenwechsel meldet nur Grunsky, a.a.O., S. 377, an; er ist der Auffassung, um eine vernünftige Würdigung des Beweisergebnisses erster Instanz vornehmen zu können, sei das Berufungsgericht verpflichtet, die Beweisaufnahme erneut durchzuführen.

17) A.a.O..

3. Ergebnis

Als Resultat einer Betrachtung der Rechtsprechung und Literatur zu den Fällen der Beweisaufnahme vor dem Richterkommissar oder Einzelrichter mit anschließender mündlicher Verhandlung vor und Entscheidung durch das Kollegium sowie des Richterwechsels nach einer Beweisaufnahme innerhalb derselben Instanz und des Richterwechsels durch Instanzwechsel bei in erster Instanz stattgefundener Beweisaufnahme kann folgendes festgestellt werden:

Es besteht Einmütigkeit, daß trotz Verschiedenheit von beweisaufnehmendem und entscheidendem Gericht in der Regel eine Wiederholung der Beweisaufnahme nicht erforderlich ist, und zwar auch dann nicht, wenn bei der Würdigung des Beweismittels dessen persönlicher Eindruck auf den Richter maßgebend ist. Die Beweisaufnahme ist nur dann zu wiederholen, wenn es unterlassen wurde, entweder die Aussage selbst oder den für die Beweiswürdigung maßgeblichen persönlichen Eindruck in dem Protokoll festzustellen.

III. Bewertung der herkömmlichen Meinung und eigene Überlegungen

1. Vorbemerkung

Im folgenden Abschnitt soll untersucht werden, ob der soeben dargestellten Meinung zugestimmt werden kann. Hierbei ist anzuknüpfen an die Erörterungen des Grundsatzes der Einheit der mündlichen Verhandlung, insbesondere des Grundsatzes der Gleichwertigkeit aller mündlichen Verhandlungen. Wie oben¹⁸⁾ ausgeführt, ist es, entsprechend der Fortwirkung aller richterlichen Akte, auch Inhalt dieses Grundsatzes, daß die in einem früheren Termin durchgeführ-

18) S.o.S. 73.

ten Beweisaufnahmen fortgelten. Nun erhebt sich die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfange eventuelle Beweisaufnahmen nach einem Richterwechsel in dem angenommenen Sinne Bestand haben.

2. Fortgelten der Beweisaufnahme

Der Grundsatz der Gleichwertigkeit aller mündlichen Verhandlungen erfaßt nur den in den Rechtsstreit eingeführten Prozeßstoff. Damit konkretisiert sich die Frage des Fortbestandes der Beweisaufnahme dahin, unter welchen Voraussetzungen die Ergebnisse einer Beweisaufnahme derart in den Rechtsstreit eingeführt sind, daß nach einem Richterwechsel das Gericht in der neuen Besetzung bzw. nach einer Rechtsmitteleinlegung das Berufungsgericht die Ergebnisse der Beweisaufnahme verwerten kann.

Gemäß § 159 ist über die mündliche Verhandlung vor dem Gericht ein Protokoll aufzunehmen. In dieses Protokoll müssen nach der zwingend formulierten Vorschrift des § 160 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO die Aussagen der Zeugen, Sachverständigen oder der Parteien¹⁹⁾ durch Aufnahme festgestellt

19) Bei der Parteivernehmung muß differenziert werden: Im Falle der Anhörung nach § 118 a und - wie es häufiger der Fall ist - § 141 handelt es sich bei den Bekundungen der Partei um Parteibehauptungen, mit deren Hilfe Unklarheiten und Lücken im Parteivortrag geklärt und beseitigt werden sollen, so daß diese der Aufklärung dient (§ 139). Dagegen ist die förmliche Vernehmung einer Partei nach §§ 445 ff., wie sich schon aus der Einordnung der entsprechenden Bestimmungen in der Zivilprozeßordnung eindeutig ergibt, ein Teil des Beweisaufnahmeverfahrens. Da die Vorschriften der §§ 160 ff. über die Protokollierung der Aussagen die Feststellung des Beweisergebnisses bezwecken, nicht jedoch der Festlegung der Parteibehauptungen dienen, sind nur die oben als zweite Art angeführten Erklärungen zu Protokoll festzustellen. Siehe weiter S. 116.

werden, und zwar, wie sich aus § 159 ergibt, während der mündlichen Verhandlung vor dem Gericht, also nicht erst nachträglich, zum Beispiel auf Grund von Notizen²⁰⁾.

Entsprechendes gilt nach Ziffer 4 der angeführten Bestimmung für das Ergebnis des Augenscheins.

Anschließend ist das Protokoll, soweit es die nach § 160 Abs. 2 Ziff. 1 - 4 aufzunehmenden Feststellungen enthält, den Beteiligten vorzulesen oder zur Durchsicht vorzulegen (§ 162) und nach geschehener Genehmigung oder dem Vermerk erhobener Einwendungen von dem Vorsitzenden und dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu unterschreiben (§ 163 Abs. 1).

Fortsetzung von Seite 115:

Unterarten der förmlichen Parteivernehmung - und deswegen ebenfalls in dem Protokoll festzustellen - sind die Schätzungsvernehmung nach § 426 S. 1 und - eingeschränkt - die Vernehmung im Verfahren in Ehesachen nach § 619 Abs. 1. Unzutreffend ist insoweit die Meinung von Hense (DR 1939, 1124), der die Vernehmung im Verfahren in Ehesachen als drittes Institut neben die formlose Anhörung und die Parteivernehmung setzen will. Die Vorschrift des § 619 gestattet es dem Gericht, auch ohne einen entsprechenden Antrag eine Partei über die von ihr, von dem Gegner oder von dem Staatsanwalt behaupteten Tatsachen zu vernehmen und enthält damit lediglich eine Ausnahme von den oben genannten Vorschriften; die Entgegennahme der Bekundungen stellt sich jedoch entweder als Parteivernehmung nach §§ 445 ff. oder als Anhörung nach § 141 dar, und je nachdem, welcher Gruppe die Vernehmung zuzuordnen ist, muß eine Protokollierung erfolgen oder kann sie unterbleiben.

Seite 116:

20) Vgl. Hense, DR. 1939, 1124.

Von dem Grundsatz, daß Aussagen protokolliert werden müssen, enthält § 161 eine Ausnahme. Danach ist es zulässig, die Feststellung der Aussagen der Zeugen, Sachverständigen oder einer Partei²¹⁾ zu unterlassen, wenn die Aussage vor dem Prozeßgericht erfolgte und das Endurteil nicht der Berufung unterliegt.

An einer Vorschrift, in welcher Weise bei einer in dem Protokoll unterbliebenen Feststellung diese erfolgen soll, fehlt es.

Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung²²⁾ die Auffassung vertreten, bei einer Nichtprotokollierung der Aussagen durch das Gericht, dessen Endentscheidung der Berufung nicht unterliege, sei es zumindest erforderlich, daß in dem Berufungsurteil der wesentliche Inhalt der Aussagen wiedergegeben werde, sofern gegen das Urteil die Revision gegeben sei. Aufzeichnungen des Berichterstatters über die Aussage oder den persönlichen Eindruck ersetzten nach dieser Rechtsprechung weder die Protokollierung noch die Aufnahme in das Urteil, selbst wenn die Parteien Abschriften davon erhalten hatten²³⁾.

Der Bundesgerichtshof²⁴⁾ hat dem Reichsgericht bezüglich

21) § 161 ZPO erfaßt ausdrücklich zwar nur die Beweismit-
tel der Zeugen -, Sachverständigen - und Parteiverneh-
mung; er gilt jedoch unstreitig zu Recht für die Ein-
nahme des Augenscheins entsprechend; vgl. RG, JW 1938,
2417; BAG, NJW 1957, 1492; Thomas-Putzo, a.a.O., Anm.1
zu § 161 ZPO.

22) Vgl. Urteil vom 22.11.1934, RGZ 145,390 ff., insbes.
S. 392, mit weiteren Nachweisen, = JW 1935, 1021; Ur-
teil v. 20.3.1939, DR 1939, 795 = HRR 1939, 514; vgl.
weiterhin RGZ 149, 63; 151, 249 = JW 1936, 2863; RGZ
157, 348; ebenso das Reichsarbeitsgericht, RArbGE 14,
176 (178f.); 21, 58 = DR 1939, 1463 und in DR 1940, 696.

23) Vgl. Urteil des Reichsgerichts vom 24.11.1936, HRR 1937,
407.

24) Urteil vom 15. 6. 1956, ZZP 70 (1957), 80 f. = NJW
1956, 1878 und Urteil vom 11.10.1956, ZZP 70 (1957),
106 f..

des Erfordernisses der Aufnahme der Aussagen in das Urteil zugestimmt, es dagegen für ausreichend angesehen, daß in dem Berufungsurteil auf einen sich bei den Akten befindenden Vermerk des Berichterstatters, der den wesentlichen Inhalt der Aussagen wiedergibt, Bezug genommen wird, selbst wenn dieser den Parteien erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung und selbst nach Verkündung des Urteils mitgeteilt worden ist.

Der letztgenannten Ansicht ist zuzustimmen.

Dem Reichsgericht ist zwar zuzugeben, daß der Gesetzgeber den Fall der Nichtprotokollierung der Aussagen nicht ausdrücklich geregelt hat und es nach damaliger Ansicht eine Erweiterung des § 313 Abs. 1, der den Inhalt des Urteils bestimmt, bedeutete, wenn als weiterer Bestandteil des Endurteils die Wiedergabe des Inhaltes der Aussagen gefordert wurde. Später interpretierte man den § 313 Abs. 1 Ziff. 3 dergestalt, daß die "gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes" als wesentlichen Teil das Ergebnis der Beweisaufnahme beinhalte²⁵⁾. Da regelmäßig die Darstellung dieses Bestandteiles durch die nach § 313 Abs. 2 zulässige Bezugnahme auf die zum Sitzungsprotokoll getroffenen Feststellungen erfolgte, mußten bei deren Nichtvorhandensein die Feststellungen entsprechend § 313 Abs. 1 Ziff. 3 im Urteil stattfinden²⁶⁾.

25) Vgl. z.B. Thomas-Putzo, a.a.O., Anm. IV, B 6 zu § 313.

26) Die Wiedergabe der in der Beweisaufnahme abgegebenen Bekundungen im Urteil muß in der gleichen Weise erfolgen, wie diese Feststellungen sonst nach § 160 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO in der Sitzungsniederschrift zu treffen wären; die Aussage muß also objektiv geschildert werden (Vgl. RG, HRR 1936, 1543). Gegen dieses Erfordernis verstoßen viele Urteile, die sich auf die Wiedergabe dessen beschränken, was dem Gericht für die Urteilsbildung als wesentlich erschien; insbesondere findet sich dieser Fehler dann, wenn die Aussagen nicht im Tatbestand, sondern in den Entscheidungsgründen wiedergegeben werden. Eine solche Darstellung ist unzureichend, da sie nicht den Grundsätzen der gerichtlichen Feststellung der Beweisaufnahme entspricht, sondern schon das Beweisergebnis in seinem rechtlichen Gehalt wertet. S. weiter S. 119.

Dies erweist sich auch nach den Intentionen der gesetzlichen Regelung über die Protokollierung als erforderlich. Nur eine schriftliche Niederlegung der Aussagen kann dem Revisionsgericht und den Prozeßbeteiligten die Nachprüfung ermöglichen, ob dem Gericht das Beweisergebnis gegenwärtig war und dieses erschöpfend gewürdigt wurde. Entsprechend diesem Grundgedanken für die ausdehnende Anwendung des § 313 Abs. 1 oder die von der neueren Lehre und Rechtsprechung vorgenommene Auslegung des § 313 Abs. 1 Ziff. 3 ist es als ausreichend anzusehen, wenn in dem Urteil auf einen bei den Akten befindlichen die Aussage der Zeugen, Sachverständigen und Parteien wiedergebenden Vermerk des Berichterstatters Bezug genommen wird. Mit einer solchen Bezugnahme haben sowohl das Revisionsgericht als auch die Parteien eine ausreichende Möglichkeit der Nachprüfung des Berufungsurteils in tatsächlicher Hinsicht; hierfür ist es unerheblich, ob die Aussagen in dem Urteil selbst oder in einer Niederschrift, die einen Bestandteil des Aktenstückes bildet, enthalten sind.

Dieser Auffassung steht auch die Bestimmung des § 313 Absatz 2 nicht entgegen, nach der bei der Darstellung des Tatbestandes auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und auf die zum Sitzungsprotokoll erfolgten Feststellungen Bezug genommen werden kann. Insoweit hat bereits das Reichsgericht²⁷⁾ zu Recht festgestellt, daß

Fortsetzung von Seite 118:

Abgesehen von der mangelnden Feststellbarkeit der Aussagen der verschiedenen Zeugen oder Sachverständigen im einzelnen, was einer nicht ausreichenden Wiedergabe des Sachstandes entspricht, wird bei einer derartigen Darstellung dem Revisionsgericht die Möglichkeit entzogen, nachzuprüfen, ob das erkennende Gericht bezüglich der Verwertung des gesamten Beweisergebnisses von zutreffenden rechtlichen Erwägungen ausgegangen ist.

Seite 119:

27) DR 1941, 1741.

diese Bestimmung schon deshalb nicht zu einer anderen Beurteilung zwingt, weil die zunächst vertretene erweiterte Anwendung des § 313 Abs. 1 für den Fall des § 161 erst nachträglich von der Rechtsprechung eingeführt wurde, dem Gesetzgeber also keine Möglichkeit gegeben war, bei der Formulierung des § 313 dieser späteren Entwicklung Rechnung zu tragen.

Schließlich sind bei der Bezugnahme auf die Niederschrift der Aussage des Berichterstatters auch deshalb keine Bedenken angebracht, weil den Parteien nicht mehr die Möglichkeit einer Nachprüfung des Vermerks vor Erlaß des Urteils gegeben ist; der Verlust dieser Gelegenheit ist bei der Schaffung des § 161 bewußt in Kauf genommen worden.

Bei dieser Ausgestaltung der Beweisaufnahme gemäß § 161 sind zwei sich teilweise überdeckende Folgerungen möglich.

Einerseits ist festzustellen, daß die in dem Urteil oder in dem Vermerk des Berichterstatters - unter Bezugnahme des Urteils - erfolgte Feststellung des Inhaltes der Aussagen nicht die gleiche rechtliche Bedeutung und deshalb nicht die gleiche Beweiskraft entfaltet, wie sie eine durch Aufnahme in das Protokoll festgestellte Aussage oder das Ergebnis eines Augenscheins besitzt. Die Aufnahme des Ergebnisses der Beweisaufnahme in das Urteil ist keine Beurkundung in dem Sinne, wie es durch die Aufnahme in das Sitzungsprotokoll geschieht. Deshalb ist die Feststellung der Bekundungen oder Wahrnehmungen im Urteil anders zu bewerten als die Feststellung in dem Protokoll. Letzterer entspricht nach der gesetzlichen Regelung die persönliche Wahrnehmung der erkennenden Gerichtsmitglieder. Dagegen ist die Darstellung in dem Urteil eine Wiedergabe des Wahrgenommenen im Sinne einer Darstellung des

Sach- und Streitstandes entsprechend § 313 Abs. 1 Ziff. 3, so daß dieser Wiedergabe nur die Beweiskraft des Urteils-
tatbestandes im Sinne des § 418²⁸⁾ als einer in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen Tatsachenschilderung zukommt, mit der Folge, daß im Falle der Aufhebung des Urteils bei einer erneuten Verhandlung des Rechtsstreites durch ein anderes oder ein anders besetztes Gericht das Ergebnis der Beweisaufnahme nicht durch Verlesung der gerichtlichen Feststellung des Inhalts der Beweisaufnahme dargetan werden kann, sondern erneut Beweis erhoben werden muß.

Andererseits ist die Feststellung möglich, daß § 161 dann nicht gilt, wenn die Vernehmung nicht vor dem Prozeßgericht erfolgte. Dann wäre die Aussage gemäß der Regelvorschrift des § 160 Abs. 2 durch Aufnahme in das Protokoll festzustellen gewesen, und die Parteien hätten das Ergebnis der Beweisaufnahme auf Grund der Beweisverhandlung gemäß § 285 Abs. 2 vortragen müssen, wobei die in der Praxis übliche stillschweigende Bezugnahme auf das Protokoll den erforderlichen Vortrag ersetzt hätte (§ 137 Abs. 3)²⁹⁾,

28) Die Aufnahme in das Urteil hat nicht die Beweiskraft des § 314 zur Folge, so daß der Beweis der Unrichtigkeit mit jedem geeigneten Beweismittel und nicht nur im Rahmen des § 314 S. 2 erbracht werden kann. Hierfür spricht zwar nicht, daß § 314 die Beweiskraft der öffentlichen Urkunde nur auf den Tatbestand des Urteils erstreckt, während nach einhelliger Auffassung die Feststellung des Inhalts der Aussagen allgemein in dem Urteil, also auch in den Entscheidungsgründen, erfolgen kann, denn die Beweiskraft der Urkunde erfaßt, unabhängig von der lokalen Einordnung durch das Gericht, die Darstellung des Sach- und Streitstandes (Vergleiche den Wortlaut des § 313 Abs. 1 Ziff. 3), deren wesentlicher Teil die Mitteilung des Ergebnisses der Beweisaufnahme bildet. Die erhöhte Beweiskraft des § 314 muß den Feststellungen des Urteils jedoch deswegen versagt bleiben, weil es sich bei der Wiedergabe des Beweisergebnisses nicht um mündliches Vorbringen der Partei, sondern um unmittelbare von dem Prozeßgericht wahrgenommene Bekundungen der Zeugen, Sachverständigen und/oder Parteien oder eigene Wahrnehmungen aufgrund eines erhobenen Augenscheinsbeweises handelt.

29) Vgl. hierzu RAG 14, 290.

um den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im Sinne des § 355 zu wahren. Die gesetzliche Regelung läßt somit bei einer Vernehmung oder einer späteren Augenscheinseinnahme die vorherige Anhörung und spätere Niederlegung im Urteil anstelle der Protokollierung nur dann zu, wenn bei dem erkennenden Gericht seit der Beweisaufnahme kein Richterwechsel stattgefunden hat.

Insoweit nimmt also das Gericht nicht durch den Parteivortrag, sondern durch eigenes Hören der Aussagen bei der Vernehmung der Zeugen oder Sachverständigen bzw. Wahrnehmung der Tatsachen im Falle der Augenscheineinnahme Kenntnis von dem Beweisergebnis. Hieraus folgt notwendig, daß eine nicht protokollierte Aussage oder das nicht protokollierte Ergebnis eines Augenscheins bei einer nach der Beweisaufnahme geänderten Zusammensetzung des Prozeßgerichts nicht verwertet werden darf³⁰⁾.

Dieser Grundsatz gilt auch bei einem Richterwechsel durch Instanzwechsel³¹⁾, da unstreitig auch die Verhandlung vor dem Berufungsgericht eine Fortsetzung der Verhandlung vor dem Gericht erster Instanz darstellt³²⁾.

30) Im Ergebnis ebenso Nikisch, a.a.O., S. 291; Stein-Jonas-Pohle, a.a.O., Anm. IV 3 zu § 128.

31) Vgl. Baumbach-Lauterbach, a.a.O., Anm. zu § 526; Nikisch, a.a.O., S. 291, 483; Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 733 f.; Stein-Jonas-Pohle-Grunsky, a.a.O., Anm. II zu § 526 und III 3 zu § 542.

32) Vgl. z.B. Nikisch, a.a.O., S. 483; Thomas-Putzo, a.a.O., Anm. zu § 530; besonders augenfällig wird dies von § 525 bestätigt, nach dem der Rechtsstreit in der Berufungsinstanz in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von neuem verhandelt wird: Daraus folgt, daß es sich um denselben ursprünglich in erster Instanz anhängigen Rechtsstreit handelt.

3. Umfang des Fortwirkens der Beweisaufnahme

Anknüpfend an den Satz, daß das protokollierte Ergebnis der Beweisaufnahme trotz eines nachfolgenden Richter - wechsels beachtlich ist, wird von Rechtsprechung und Literatur, wie oben angeführt³³⁾, weiter gefolgert, daß auch der maßgebliche persönliche Eindruck des Beweismittels verwertet werden kann, sofern er in der Sitzungsniederschrift festgestellt und damit in den Rechtsstreit eingeführt ist. Es ist fraglich, ob dem gefolgt werden kann. Bedenken ergeben sich hinsichtlich des Umfanges der Beweiskraft der Sitzungsniederschrift und des Prinzips des gesetzlichen Richters in Verbindung mit den Grundgedanken der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme.

a. Umfang der Beweiskraft des Sitzungsprotokolls

Das Protokoll muß die Beurkundung der Förmlichkeiten (§§ 159 Abs. 2, 160 Abs. 1 Ziff. 6), der Aussagen der Zeugen, Sachverständigen oder einer vernommenen Partei (§ 160 Abs. 2 Ziff. 3) und des Ergebnisses einer Augenscheinseinnahme (§ 160 Abs. 2 Ziff. 4), der Entscheidungen (§ 160 Abs. 2 Ziff. 5) und - in beschränktem Umfange - die Anträge und Erklärungen der Parteien (§§ 160 Abs. 1, Abs. 2 Ziff. 1 und 2, 298, 510 a) enthalten.

Hinsichtlich der Beweisaufnahme ist also nur die Feststellung der Aussagen bzw. des Ergebnisses der Augenscheinseinnahme selbst bestimmt; die Feststellung des persönlichen Eindruckes eines Beweismittels ist in § 160 nicht vorgesehen. Diese Unterlassung macht ersichtlich, daß der Gesetzgeber entsprechend dem Grundsatz der Unmit-

33) S.o.S.106.

telbarkeit der Beweisaufnahme davon ausgeht, die Verwertung des persönlichen Eindruckes solle nur erfolgen, wenn dieser von dem erkennenden Prozeßgericht selbst gewonnen und nicht auf dem Wege des bei einer mittelbaren Beweisaufnahme erstellten Protokolls zur Kenntnis des Gerichts gelangt sei. Hierbei handelt es sich jedoch nur um die Aufdeckung der gesetzlichen Intention, nicht dagegen um eine zwingende Argumentierung, da aus den Bestimmungen der §§ 159, 160 nicht abgeleitet werden kann, die Aufnahme des persönlichen Eindruckes in das Sitzungsprotokoll sei unzulässig³⁴⁾. Trotzdem wird deutlich, daß eine Verwertung des persönlichen Eindruckes bei unmittelbar durchgeführter Beweisaufnahme eher den Vorstellungen des Gesetzes entspricht.

Der gleiche Gedanke wird auch in § 349 Abs. 1 S. 2, 2. Halbsatz akzentuiert:

Der Einzelrichter soll nach dieser Bestimmung nur dort Beweis erheben, wo von vornherein anzunehmen ist, daß bei der Würdigung des Beweisergebnisses nicht der unmittelbare persönliche Eindruck maßgeblich sein wird. Leider hat es der Gesetzgeber versäumt, definitiv bei den einzelnen Ausnahmen des Grundsatzes der formellen Unmittelbarkeit eine entsprechende Einschränkung oder bei § 355 Abs. 1 S. 2 eine gleichlautende Generalklausel einzufügen. Trotzdem macht die Parallelität des Verfahrens der Beweisaufnahme vor dem Einzelrichter und dem Richterkommissar, insbesondere dem beauftragten Richter, oder dem anders besetzten Gericht hinsichtlich der Beurteilung des Beweiswertes deutlich, daß die Verwertung des persönlichen Eindruckes von dem Beweismittel nur demjenigen Gericht erlaubt sein soll, das diesen Eindruck selbst unmittelbar empfangen hat.

34) Vielmehr werden eventuelle Feststellungen des persönlichen Eindruckes ebenso wie die Feststellung der Aussagen bzw. des Ergebnisses des Augenscheins zwar nicht von der Beweiskraft des Protokolls gemäß § 164 - es handelt sich nicht um "Förmlichkeiten" im Sinne der Bestimmung - , aber doch von der Beweiskraft des § 418 Abs. 1 erfaßt.

Dies erhellt auch bei einer Beweisaufnahme unter Inanspruchnahme des § 161, also der Feststellung der Aussagen erst in dem nicht berufungsfähigen Urteil, und einem späteren Richterwechsel. Da die nachträgliche Feststellung der Aussagen in der Entscheidung in ihrer juristischen Relevanz der Beurkundung in dem Sitzungsprotokoll gleichkommt, ist unstreitig in diesem Falle, weil die Beurkundung nur den Richtern zukommt, die die Beweise entgegengenommen haben, dem verändert besetzten Gericht eine Verwertung nicht erlaubt³⁵⁾. In gleichem Maße gilt dieser Satz jedoch für den persönlichen Eindruck des Beweismittels, da an einen solchen noch strengere Anforderungen bezüglich der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme zu stellen sind, womit zumindest eine Inopportunität des Gebrauches eines beurkundeten persönlichen Eindruckes deutlich wird.

b. Prinzip des gesetzlichen Richters und formelle Unmittelbarkeit

Das grundsätzliche Bekenntnis des Gesetzes zur Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme verpflichtet das Gericht, nur in den gesetzlich ausdrücklich bestimmten Fällen hiervon Ausnahmen zuzulassen. Damit ist hinsichtlich der Beweisaufnahme zugleich Kongruenz hergestellt mit dem Prinzip des gesetzlichen Richters in dem angeführten Sinne³⁶⁾. Im Falle einer mittelbaren Beweisaufnahme, wie sie sich auch für das nach einer Beweisaufnahme neu besetzte Prozeßgericht darstellt, ist das Gericht, das sich mangels eines eigenen unmittelbaren Eindruckes kein Urteil über den Zustand einer Sache im Falle des Augenscheinsbeweises, Urteilsfähigkeit, Erinnerungsvermögen und Wahrheitsliebe und damit die Glaubwürdigkeit des Zeugen oder der Partei, Sachkunde und Neutralität eines Sachverständigen oder Vollständigkeit und Unversehrtheit einer Ur -

35) Vgl. Meiser, DJ 1939, 696 1. Sp. a.E..

36) S.o.S. 73ff., insbesondere S. 74/75.

kunde und damit deren Beweiswert bilden kann, darauf angewiesen, den von dem beweisaufnehmenden Gericht in der Sitzungsniederschrift festgestellten persönlichen Eindruck der Entscheidung zugrunde zu legen. Das Gericht verwendet also einen persönlichen Eindruck, den es nicht selbst erhalten hat, wobei unter "verwenden" die Beurteilung des Beweiswertes, also erkennende Gerichtstätigkeit, zu verstehen ist. Diese ist jedoch allein dem gesetzlichen Richter, das heißt dem Gericht in der jetzigen veränderten Konstellation, vorbehalten. Nur dieses neu besetzte Gericht hat über den Rechtsstreit und deshalb auch den Beweiswert des einzelnen Beweismittels zu urteilen. Legt es seiner Entscheidung den durch ein von einem Richterwechsel in dem oben angeführten Sinne betroffenen Gericht aufgenommenen und festgestellten persönlichen Eindruck zugrunde, ist damit eine Verletzung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und zugleich des Prinzips des gesetzlichen Richters evident. Das Gericht darf also den persönlichen Eindruck eines Beweismittels selbst dann nicht verwerten, wenn er in der Sitzungsniederschrift über die Beweisaufnahme festgestellt wurde.

4. Ergebnis

Es kann Rechtsprechung und Literatur zugestimmt werden, daß trotz Verschiedenheit von beweisaufnehmendem und entscheidendem Gericht eine Wiederholung der Beweisaufnahme nicht erforderlich ist, soweit ausreichende Feststellungen in der Sitzungsniederschrift getroffen worden sind. Nicht gefolgt werden kann Rechtsprechung und Literatur, soweit diese eine Verwertung des subjektiven Eindruckes

eines Beweismittels zulassen; dies verstieße gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in Verbindung mit dem Prinzip des gesetzlichen Richters, und zwar auch dann, wenn der persönliche Eindruck in dem Sitzungsprotokoll festgestellt wurde.

9. Kapitel

Folgen der Nichtbeachtung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme

I. Vorbemerkung

Hat das Gericht in einem der genannten Fälle durch den Erlaß eines Beschlusses, in dem unzulässigerweise ein ersuchter oder beauftragter Richter mit der Beweisaufnahme betraut wurde, oder die Verwertung des von einem Einzelrichter unter Verstoß gegen § 349 Abs. 2 S. 2 gewonnenen oder nach einem Richterwechsel nicht fortwirkenden Ergebnisses einer Beweisaufnahme gegen das Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme verstoßen, so gewinnt die Frage Bedeutung, ob und gegebenenfalls in welcher Weise die Parteien des Rechtsstreites hier - gegen vorgehen können: Beschwerde gegen den die Beweisaufnahme anordnenden Beschluß, sofern ein solcher ergeht, oder Rüge im Wege der Anfechtung des Urteils (II). Qualifiziert man den Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme als relevanten Verfahrensfehler, so ist weiter zu untersuchen, ob eine ex-post Zustimmung mit der Folge der Heilung oder sogar eine ex-ante Zustimmung mit der Folge der Exklusion eines Verfahrensfehlers möglich ist (III).

II. Anfechtbarkeit

1. Selbständige Anfechtbarkeit

Für den Fall der Übertragung der Beweisaufnahme auf einen ersuchten oder beauftragten Richter bestimmt § 355 Abs. 2 die Nichtanfechtbarkeit dieses Beschlusses. Das gleiche gilt für die Entscheidung des Gerichts nach einer vorausgegangenen Beweisaufnahme durch den Einzelrichter oder ein

anders besetztes Gericht, da auch in diesen Fällen expressis verbis oder konkludent über "die eine oder die andere Art der Beweisaufnahme" entschieden wird. Eine selbständige Anfechtbarkeit ist somit ausgeschlossen, und zwar sowohl hinsichtlich der Feststellung, ob die Voraussetzungen einer der Ausnahmenvorschriften gegeben waren, als auch bezüglich der Frage, ob das Gericht ermessensfehlerfrei entschieden hat¹⁾.

2. Anfechtbarkeit auf dem Wege der Einlegung eines Rechtsmittels

Wenn die Einhaltung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme auch nicht direkt durch einen Rechtsbehelf erzwungen werden kann, muß doch beachtet werden, daß er einen der wichtigsten Grundsätze des Beweisrechts darstellt, dessen Nichtbeachtung für die Qualität der Rechtsprechung äußerst gefährlich werden kann. Die Bestimmungen sind deshalb, wie Bosch²⁾, auch anhand eines Vergleichs mit anderen Verfahrensordnungen³⁾, überzeugend nachgewiesen hat, keineswegs sanktionslose Sollvorschriften, obwohl der Wortlaut des § 355 Abs. 2 in Verbindung mit den §§ 512, 548, wonach die nach den Bestimmungen der Zivilprozeßordnung nicht anfechtbaren Entscheidungen der Instanzgerichte auch nicht der Beurteilung der Rechtsmittelgerichte unterliegen, prima vista eine Anfechtung ausschließt; vielmehr ergibt sich unter Berücksichtigung des besonderen Wertes der formellen Unmittelbarkeit und ihrer gesetzlichen Intention, wie sie in besonderem Maße in dem Vorspruch zur Novelle vom 27.10.1933⁴⁾ zum Ausdruck kommt, das Gebot einer re -

1) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., Anm. III 1 zu § 355; Thomas-Putzo, a.a.O., Anm. 2 zu § 355.

2) A.a.O., S. 105 ff., insbesondere 108 ff.; dort auch eine Darstellung der damaligen Auffassungen.

3) A.a.O., S. 116 ff., wo festgestellt wird, daß in den anderen Verfahrensarten eine Rechtsmittelrüge weitgehend zugelassen wird.

4) RGBI S. 780.

striktiven Interpretation des § 355 Abs. 2, so daß hier-
nach zwar die selbständige Anfechtung eines Verstoßes
gegen das Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme,
nicht aber dessen Rüge auf dem Rechtsmittelwege ausge-
schlossen ist⁵⁾.

Gestützt wird dieses Ergebnis von einer Überlegung
Boschs⁶⁾: Wenn es, wie unstreitig ist⁷⁾, für zulässig er-
achtet wird, ein Rechtsmittel darauf zu stützen, der
Grundsatz der freien Beweiswürdigung sei fehlerhaft ange-
wandt worden, also zu beanstanden, der Inhalt einer vor
dem Prozeßgericht aufgenommenen Beweisaufnahme sei falsch
bewertet worden, so muß per argumentum a fortiori es auch
zulässig sein, zu monieren, das Prozeßgericht habe in ge-
setzwidriger Weise die Beweise nicht selbst aufgenommen und
es fehlten ihm deshalb die für die Beurteilung des Beweis-
wertes erforderlichen Grundlagen.

III. Rügeverzicht

Entscheidet man sich somit für die Anfechtbarkeit des Ver-
stoßes gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweis-
aufnahme wegen eines Verfahrensfehlers, dann gewinnt die
Frage Bedeutung, ob § 295 Abs. 1 eingreift, also auf die
Einhaltung des Grundsatzes verzichtet (§ 295 Abs. 1,
1. Alternative) werden oder der Verfahrensfehler wegen

5) Im Ergebnis ebenso Baumbach-Lauterbach, a.a.O., Anm. 3
zu § 375; Bosch, a.a.O., S. 105 ff.; Blomeyer, a.a.O.,
§ 21, 2, anders aber bei § 74, IV, 1.; Lent-Jauernig,
a.a.O., 11. Aufl., § 51 IV, S. 151; Lindacher, FamRZ
1967, 159; Peters, Freibeweis, a.a.O., S. 103 (bei
Nr. 101); Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 596; Stein-Jo-
nas-Schumann-Leipold, a.a.O., Anm. III zu § 355; Tho-
mas-Putzo, a.a.O., Anm. 2 zu § 355; offenlassend BGHZ
32, 233, 236; 40, 179, 183; a.A. RGZ 149, 287; 159, 241
(allerdings offenlassend für offensichtlichen Ermes-
sensmißbrauch); RG, JW 1937, 2361; OGH BrIZ in OGHZ 1,
226; Wieczorek, a.a.O., B III a zu § 355; A II zu
§ 375; Hampel, FamRZ 1964, 128; Deubner, AcP 167, 460;
eingeschränkt auch Johannsen, Anm. zu IM Nr. 7 zu
§ 355 auf den Fall des bewußten Verstoßes.

6) A.a.O., S. 115.

7) Stein-Jonas-Pohle, Anm. II zu § 286.

der Präklusion des Rügerechts bei Unterlassen der Rüge - ohne Verzichtswillen - in der nächsten mündlichen Verhandlung geheilt werden kann (§ 295 Abs. 1, 2. Alternative). Die Wichtigkeit der zu diesem Problem vertretenen Auffassungen hat sich seit dem Jahre 1963 prinzipiell gewandelt. Während auf der Grundlage der Rechtsprechung des Reichsgerichts⁸⁾ die Auffassung von der Unverzichtbarkeit der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme unter Hinweis auf einen Fehler bei der Urteilsfällung zunehmend Anhänger gewann⁹⁾, so daß Peters¹⁰⁾ noch im Jahre 1962 diese als die herrschende Meinung deklarierte, hat sich nach der anders lautenden Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 16.10.1963¹¹⁾ zumindest für das zivilprozessuale Regelverfahren die Auffassung durchgesetzt, auf die Einhaltung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme könne verzichtet werden¹²⁾.

8) RGZ 14, 382, 17, 348; vgl. die Besprechung dieser Urteile bei Bosch, a.a.O., S. 121, Anm. 380.

9) Vgl. Weismann, a.a.O., 1. Band S. 331; Hegler, Der Rechtsgang, Band I (1913), S. 421; Stein-Jonas-Schönke, 18. Auflage, Anm. III zu § 355.

10) Freibeweis, a.a.O., S. 103 bei Nr. 100.

11) BGHZ 40, 179 ff. = NJW 1964, 108 = MDR 1964, 36.

12) Vgl. Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., Anm. III 3 mit weiteren Hinweisen; Bosch, a.a.O., S. 121; Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 596; OLG Saarbrücken, JBl Saarbrücken 61, 103; Lindacher, FamRZ 1967, 195 ff., bejahet die Verzichtbarkeit auch für den Eheprozeß, lehnt aber die Möglichkeit einer Heilung durch Unterlassen der Rüge ab; dagegen Stein-Jonas-Schumann-Leipold, Anm. III 3 a.E. mit weiteren Hinweisen unter Nr. 15. Schlosser, a.a.O., S. 41, vertritt die Ansicht, eine ex-ante Zustimmung der Parteien könne ein dem Unmittelbarkeitsgrundsatz entgegenlaufendes Verfahren legalisieren; hiergegen äußern Stein-Jonas-Schumann-Leipold, Anm. III 3 unter Nr. 14 Bedenken, da der Grundsatz der formellen Unmittelbarkeit auch eine Kompetenzverteilung zwischen Prozeßgericht und Richterkommissar enthalte und die Parteien über derartige Funktionszuweisungen in der Regel nicht disponieren könnten.

Dieser Meinung steht auch die Vorschrift des § 295 Abs.2, wonach eine vorherige Zustimmung oder eine Heilung eines Verfahrensmangels dann nicht möglich ist, wenn eine dem öffentlichen Interesse dienende Norm¹³⁾ verletzt wurde, nicht entgegen. Mit dem Zweck der Erreichung eines besseren Beweisergebnisses und einer größeren Anzahl richtiger Urteile infolge einer Würdigung durch das vollständige Prozeßgericht ist evident, daß die Prägnanz der formellen Unmittelbarkeit sich prävalent auf dem Gebiete der Wahrheitsfindung befindet. Aus der Geltung der Verhandlungsmaxime im zivilprozessualen Regelverfahren und der Restriktion der Offizialmaxime auf wenige Spezialverfahren ergibt sich jedoch die Konklusion auf eine Anordnung der formellen Unmittelbarkeit im Parteinteresse. Deshalb ist in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes¹⁴⁾ nicht einzusehen, weshalb die Parteien, die aus Gründen einer eventuellen Kostenersparnis oder Verfahrensbeschleunigung zum Beispiel mit einer kommissarischen Zeugenvernehmung einverstanden sind, nicht insoweit auf die Einhaltung der formellen Unmittelbarkeit verzichten können¹⁵⁾.

Das gewonnene Ergebnis wird bestätigt durch § 377 Abs. 4. Nach dieser Norm kann sich der Richter im Einverständnis der Parteien sogar mit einer schriftlichen Anhörung der Aussageperson begnügen; eine unter Verletzung des § 377 Abs. 4 erfolgte Anhörung stellt zwar einen Verfahrensmangel dar, der aber nach einhelliger Ansicht ebenfalls gemäß § 295 geheilt werden kann¹⁶⁾.

13) Baumbach-Lauterbach, a.a.O., Anm. zu § 295; Thomas-Putzo, a.a.O., Anm. 1 zu § 295.

14) Vgl. oben S. 131 unter Anm. 11.

15) Schutzobjekt des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme ist also in erster Linie das Interesse der Parteien, vgl. Grunsky, a.a.O., S. 376.

16) Baumbach-Lauterbach, a.a.O., Anm. 3 B zu § 377; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., Anm. V 1 b zu § 377.

Weiterhin spricht hierfür, daß die sachlich verwandte Frage, ob unter Auslassung des unmittelbaren Beweis - mittels nur ein mittelbares zum Beweis angeboten werden kann, unstreitig der Parteidisposition unterliegt.

Auch kann zur Untermauerung geltend gemacht werden, daß sich die Parteien sogar mit einer Verwertung der in einem anderen Rechtsstreit erstellten Protokolle als Beweisurkunden einverstanden erklären können¹⁷⁾.

Mit alledem ist per argumentum a fortiori die Einhaltung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme als verzichtbar anzusehen, mit der Konsequenz, daß ein Unterlassen der Rüge in der nächsten mündlichen Verhandlung den Verfahrensfehler remedierte.

17) BGHZ 7, 116, 121.

Vierter Teil

Ergebnis

Die Betrachtung der wichtigsten Grundsätze des Beweisaufnahmerechts, der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, der Parteiöffentlichkeit und des Amtsbetriebes, haben gezeigt, daß das Gesetz strenge Respektierung erheischt. Die im Strafprozeßrecht entwickelte Freibeweislehre ist im Zivilprozeßrecht nur ausnahmsweise anzuerkennen, wenn eine Loslösung vom allgemeinen Beweisrecht aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist oder die Zivilprozeßordnung die Absicht erkennen läßt, ein besonders vereinfachtes Verfahren zu ermöglichen. Weitere Ausnahmen sind nicht zulässig, insbesondere nicht vom Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, da Ausnahmen ausdrücklich nur in den durch die Zivilprozeßordnung bestimmten Fällen erlaubt sind.

Die Unmittelbarkeit kann sich auf das Parteivorbringen und die Beweisaufnahme beziehen. Sie steht in einem engen Zusammenhang mit der Mündlichkeit, kann aber theoretisch in jedem der denkbaren Kombinationsfälle von dieser geschieden werden.

Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme als Prinzip der Formgestaltung (= formelle Unmittelbarkeit) fordert die Beweisaufnahme direkt vor dem abschließend für diese Instanz entscheidenden Gerichtsorgan unter Ausschaltung richterlicher Mittelspersonen; sie ist in § 355 Abs. 1 S.1 manifestiert. Ihre Bedeutung liegt auf dem Gebiete der Wahrheitsermittlung; neben einer größeren Anzahl richtiger Entscheidungen ist noch eine ganze Reihe positiver Begleiterscheinungen zu vermerken.

Ein Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme als Prinzip der Zulässigkeit nur unmittelbarer Beweismittel (= materielle Unmittelbarkeit) ist der Zivilprozeßordnung fremd.

Die Beweisaufnahmen vor dem Richterkommissar und dem Einzelrichter sind gesetzlich geregelte Durchbrechungen des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme. Nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist ein Wechsel in der Besetzung des Gerichts nach einer Beweisaufnahme und ein Richterwechsel durch den infolge des Devolutiveffektes eines Rechtsmittels verursachten Instanzwechsel. Rechtssprechung und Literatur vertreten einmütig die Auffassung, trotz Verschiedenheit von beweisaufnehmendem und erkennendem Gericht sei eine Wiederholung der Beweisaufnahme nicht erforderlich, wenn deren Ergebnis im Sitzungsprotokoll festgestellt wurde, und zwar auch dann nicht, wenn der subjektive Eindruck des Richters entscheidungsmaßgeblich ist. Diese Auffassung verstößt hinsichtlich der Verwertung des persönlichen Eindruckes gegen das Prinzip des gesetzlichen Richters in Verbindung mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme. Ist der subjektive Eindruck des Richters von Bedeutung, muß die Beweisaufnahme wiederholt werden, und zwar auch dann, wenn dieser subjektive Eindruck in dem Sitzungsprotokoll festgestellt ist. Eine Ausnahme ist nur dann möglich, wenn die Parteien mit der Verwertung des in dem Sitzungsprotokoll niedergelegten subjektiven Eindruckes einverstanden sind, da die Verletzung der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme zwar durch Rechtsmitteleinlegung angefochten, auf die Einhaltung dieses Prinzips aber verzichtet und deshalb ein Verfahrensverstoß remediert werden kann.

L e b e n s l a u f

Am 12. April 1941 wurde ich als Sohn des Ministerialrats Karl Reichel und seiner Ehefrau Hilde geb. Pflanz in Bad Nauheim (Kreis Friedberg) geboren. 1945 verzogen meine Eltern von Butzbach (Kreis Friedberg) nach Holzheim (Kreis Gießen), wo ich von Herbst 1947 bis Ostern 1952 die Volksschule besuchte. Sodann war ich Schüler an der Herder-Schule in Gießen; hier bestand ich 1961 das Abitur. Es folgten vier Semester rechtswissenschaftlichen Studiums an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt, dann sechs Semester an der Philipps-Universität in Marburg. Im zehnten Semester meldete ich mich zur ersten rechtswissenschaftlichen Staatsprüfung, die ich am 11. Juli 1966 bestand. Am 22. Juli 1966 heiratete ich und verzog nach Watzenborn-Steinberg. Nach Ableistung des juristischen Vorbereitungsdienstes als Gerichtsreferendar legte ich am 11. Dezember 1969 das zweite Staatsexamen ab. Am 19. Februar 1970 erteilte mir der Landgerichtspräsident des Landgerichts in Gießen die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft bei dem Landgericht Gießen und zugleich bei dem Amtsgericht Butzbach. Seitdem bin ich als Rechtsanwalt tätig.

